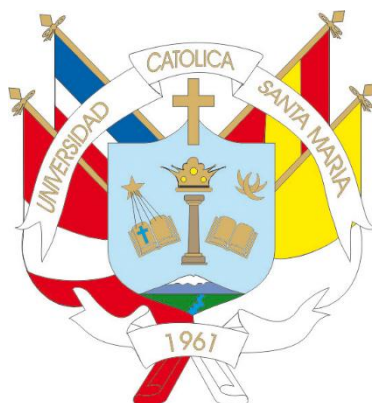


**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA**  
**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS**  
**ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



*“Impunidad en la Comisión de los delitos de Minería Ilegal y Contaminación  
Ambiental en el Distrito judicial de Madre de Dios, durante el periodo 2012-2016”*

**Tesis formulada para optar el Título Profesional de Abogado**

**Presentada por el Bachiller en Derecho:**

*Alan Xavier Choque Cerpa*

Asesor (a): Claudia Pía Chirinos-Pacheco de Rivero

**Arequipa-Perú**

**2017**



***Epígrafe***

*En los pueblos libres el derecho ha de ser claro.  
En los pueblos dueños de sí mismos, el derecho ha  
de ser justo.*

***José Martí***



### *Dedicatoria*

*A mis amados Padres y Hermanos, quienes me enseñaron el inquebrantable valor de la constancia, la dedicación y la perseverancia.*





## INDICE

<b>INTRODUCCIÓN .....</b>	<b>1</b>
<b>RESUMEN .....</b>	<b>2</b>
<b>SUMMARY .....</b>	<b>4</b>
<b>1. CAPÍTULO I. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL .....</b>	<b>7</b>
<b>1.1. DESARROLLO SOSTENIBLE .....</b>	<b>7</b>
<b>1.2. DERECHO AMBIENTAL .....</b>	<b>10</b>
<b>1.2.1. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL .....</b>	<b>12</b>
<b>1.2.2. CONTEXTO HISTÓRICO DEL DERECHO AMBIENTAL.....</b>	<b>16</b>
<b>1.2.3. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA AMBIENTAL .....</b>	<b>20</b>
<b>1.3. CONTENIDO CONSTITUCIONAL .....</b>	<b>25</b>
<b>1.3.1. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL .....</b>	<b>33</b>
<b>1.3.2. HACIA UNA CONSTITUCIÓN AMBIENTAL.....</b>	<b>34</b>
<b>1.4. INTERESES DIFUSOS .....</b>	<b>37</b>
<b>1.4.1. PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DIFUSOS .....</b>	<b>38</b>
<b>2. CAPITULO II. ANALISIS JURÍDICO DEL DERECHO PENAL AMBIENTAL.....</b>	<b>43</b>
<b>2.1. EL DERECHO PENAL AMBIENTAL .....</b>	<b>43</b>
<b>2.2. MINERÍA ILEGAL Y MINERÍA INFORMAL .....</b>	<b>44</b>
<b>2.2.1. LA MINERÍA ILEGAL EN MADRE DE DIOS .....</b>	<b>48</b>
<b>2.2.2. EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL EN EL PERU. ....</b>	<b>49</b>
<b>2.3. POLÍTICAS ESTATALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE .....</b>	<b>52</b>
<b>2.3.1. LEYES PENALES EN BLANCO.....</b>	<b>53</b>
<b>2.4. DELITOS AMBIENTALES PROPIAMENTE DICHOS.....</b>	<b>55</b>
<b>2.4.1. DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE .....</b>	<b>55</b>
<b>2.4.1.1. Alcances de la Conducta .....</b>	<b>56</b>
<b>2.4.1.2. Circunstancias Agravantes .....</b>	<b>60</b>
<b>2.4.2. DELITO DE MINERÍA ILEGAL .....</b>	<b>60</b>
<b>2.4.2.1. Alcances sobre la Conducta .....</b>	<b>61</b>
<b>2.4.2.2. Circunstancias Agravantes .....</b>	<b>67</b>

2.4.2.3.	Delitos Relacionados a la Minería Ilegal .....	68
2.4.2.4.	Denuncia Penal por el delito de Minería Ilegal .....	69
2.5.	EL SUJETO ACTIVO COMO PERSONA NATURAL O PERSONA JURÍDICA .....	74
2.5.1.	La Persona Jurídica y los Delitos ambientales.....	75
2.5.2.	Consecuencias Accesorias sobre la Persona Jurídica .....	81
2.5.3.	Jurisprudencia sobre la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica .....	83
2.6.	ACCESORIEDAD DEL DERECHO PENAL FRENTE AL DERECHO ADMINISTRATIVO.....	86
2.7.	ASPECTOS PROCESALES .....	87
2.7.1.	El Informe Previo como Requisito de Procedibilidad .....	87
2.7.2.	Medidas de Coerción procesal y la reparación civil en el delito de minería ilegal.....	92
MARCO OPERATIVO .....		97
3.	CAPITULO III. LA MINERIA AURIFERA I LAS RESTRICCIONES DE ACCESO A LA JUSTICIA PENAL AMBIENTAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE MADRE DE DIOS.....	97
3.1.	LA MINERIA AURIFERA ILEGAL/INFORMAL EN MADRE DE DIOS .....	97
3.1.1.	LOS IMPACTOS AMBIENTALES DE LA MINERIA ILEGAL/INFORMAL EN LA REGION MADRE DE DIOS .....	97
3.1.2.	EL PROCESO DE FORMALIZACION MINERA EN LA REGION MADRE DE DIOS.....	104
3.1.3.	LA CRIMINALIZACION DE LA MINERÍA AURÍFERA EN TIERRAS DE COMUNIDADES NATIVAS.....	108
3.1.4.	EI USO DE MAQUINARIA PESADA Y LA MINERÍA ILEGAL .....	109
3.2.	LAS RESTRICCIONES DE ACCESO A LA JUSTICIA PENAL AMBIENTAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE MADRE DE DIOS .....	113
3.2.1.	El Sistema judicial y fiscal en madre de dios.....	113
3.2.2.	Las Barreras de acceso a la justicia penal ambiental en el distrito judicial de madre de dios.....	117
3.2.2.1.	La Indefension de las comunidades natives como restriccion de acceso a la justicia penal ambiental.....	118
3.2.2.2.	Las Leyes ambientales penales en blanco .....	121

3.2.2.3. La Accesoriedad del derecho penal respecto del derecho administrativo y el mecanismo procesal de la cuestion previa. ....	128
3.2.2.4. La Autoridad administrativa como juez y parte .....	130
3.2.2.5. El Estado como propiciador de impunidad .....	135
3.2.2.6. La Tutela jurisdiccional de los intereses difusos .....	140
3.2.2.7. El Principio de oportunidad como factor excluyente de responsabilidad penal .....	143
 4. CAPITULO IV. GARANTÍAS PARA EL EFICAZ CUMPLIMIENTO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS DE MINERÍA ILEGAL Y CONTAMINACIÓN AMBIENTAL EN MADRE DE DIOS.....	147
4.1. LA IMPORTANCIA DE LA PRETENSION RESARCITORIA EN EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL. ....	147
4.2. REPARACIÓN CIVIL Y MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL EN EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL Y CONTAMINACIÓN AMBIENTAL	149
4.4. EL EMBARGO EN EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL .....	156
4.4.1. EL EMBARGO DE MAQUINARIA UTILIZADA PARA PERPETRAR EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL Y CONTAMINACIÓN AMBIENTAL .....	156
 MARCO PROPOSITIVO	
 5. CAPITULO V. PROPUESTAS PARA LA PUNICIÓN EFICAZ DE LOS DELITOS AMBIENTALES Y EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE MADRE DE DIOS .....	161
5.1. EL PROCESO INMEDIATO EN DELITOS AMBIENTALES .....	161
5.2. LA PUNICIÓN DEL DELITO DE MINERÍA ILEGAL COMO DELITO DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA .....	173
5.3. LAS MEDIDAS COERCITIVAS MÁS IDÓNEAS PARA LA REPRESIÓN DE LA MINERÍA ILEGAL/INFORMAL.....	175
5.4. PROPUESTAS EN RELACIÓN A LAS RESTRICCIONES DE ACCESO A LA JUSTICIA PENAL AMBIENTAL .....	178
CONCLUSIONES.....	182
RECOMENDACIONES .....	189
BIBLIOGRAFÍA .....	192







## INTRODUCCIÓN

La presente investigación jurídico propositiva, identifica y analiza los factores restrictivos que impiden la sanción punitiva rápida y eficaz de los delitos ambientales y el delito de minería ilegal perpetrados por mineros ilegales/informales en el Distrito Judicial de Madre de Dios.

La tesis sostiene que dichas barreras son normas penales, ambientales y mineras que impiden el acceso a una justicia penal ambiental eficaz; generando impunidad y la vulneración de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESCs) de las Comunidades Nativas y otros actores sociales. A partir de este enfoque la tesis formula propuestas normativas para hacer más eficaz la represión de la violencia punitiva y facilitar el acceso a la justicia penal ambiental.

El marco operativo de nuestra investigación implica un límite temporal que abarca un análisis doctrinario, factico y normativo, entre los años 2012-2016 y espacialmente está focalizado en la Región Madre de Dios donde son perpetrados con mayor recurrencia los delitos de contaminación ambiental, minería ilegal, entre otros de símil naturaleza.

La Tesis en cuestión materializa los resultados de la investigación en 5 capítulos, conceptual y jurídicamente organizados, los mismos que contienen acápites según sus premisas rectoras que en su conjunto se encuentran delimitadas por un Marco Teórico, el cual contiene a todos los elementos conceptuales jurídicos o no, consustanciales al trabajo; un Marco Operativo, consistente en ítems vinculados a los principales problemas identificados por el investigador y que son variables de esta investigación; y finalmente cuenta con un Marco Propositivo destinado a formular propuestas normativas en calidad de conclusiones y sugerencias a fin de dar soluciones ante el problema planteado, la Impunidad.

## RESUMEN

Esta investigación jurídica propositiva, documental; plantea propuestas legales para hacer más eficaz la punición de los delitos ambientales y el delito de minería ilegal en el Distrito Judicial de Madre de Dios. Las propuestas, sustentadas en una sólida base teórica, facilitan el acceso a la justicia penal ambiental y constituyen una alternativa para proscribir la impunidad que es lesiva porque propicia la reiteración delictiva.

La investigación está focalizada en la Región Madre de Dios y específicamente en el área del llamado “Corredor Minero” donde los delitos precitados son perpetrados con mayor recurrencia por mineros ilegales/informales. La investigación ha logrado demostrar que la punición de estos delitos en el ámbito de estudio, ha sido muy limitada por la existencia de barreras o restricciones de orden legal y otros factores vinculados a la actuación de los operadores del sistema de justicia penal ambiental; situación que ha generado impunidad y graves daños ambientales y patrimoniales en perjuicio de Comunidades nativas y otros actores sociales

Los resultados más relevantes de la investigación están relacionados con el análisis de las restricciones o barreras identificadas que impiden el logro de una justicia penal ambiental eficaz. Así, en relación a las leyes penales en blanco, se asume que estas deben aplicarse solo en los delitos ambientales analizados (Arts. 304 y 305 del código Penal) en los cuales se requiere informe fundamentado de la autoridad ambiental; el cual debe ser emitido con celeridad bajo apercibimiento de sancionar penalmente y con inhabilitación al funcionario público que por negligencia inexcusable o por haber faltado a sus obligaciones funcionales no emita dicho informe en el plazo de ley. En el caso de los artículos 307-A y 307-B, delito de minería ilegal y sus formas agravadas, debe prescindirse de dicho informe técnico fundamentado en virtud del principio precautorio y la acusación fiscal debe ser directa cuando se verifique los supuestos de confesión sincera y flagrancia delictiva.

Respecto a los intereses difusos o colectivos del sujeto pasivo del delito y el estado de indefensión de los agraviados o perjudicados; se concluye que la legitimación activa en la denuncia de delitos ambientales y de minería ilegal sea asumida preferentemente por el Ministerio Público y las Procuradurías de las entidades públicas vinculadas a la protección de la biodiversidad.

En relación a la Accesoriedad del derecho penal respecto al derecho administrativo, la investigación precisa que la preeminencia del derecho administrativo solo debe asumirse en el caso de los delitos ambientales tipificados en los artículos 304, 305 y sus formas agravadas en los cuales se requiere solvencia probatoria. En el caso de los artículos 307-A y 307-B, sostenemos que debe primar el derecho penal, es decir, debe prescindirse de dicho informe técnico y la acusación fiscal debe ser directa cuando se verifique los supuestos de confesión sincera y flagrancia delictiva.

Así mismo, la investigación precisa que el principio de oportunidad no puede aplicarse en delitos graves, pluriofensivos y de gran afectación al interés público como los delitos analizados. Los supuestos en los que se basa su aplicación son factores excluyentes de responsabilidad penal y generan abiertamente impunidad. Debe prohibirse la aplicación del principio de oportunidad en los delitos ambientales y el delito de minería ilegal.

Complementariamente, se han analizado otros factores que inciden en la generación de impunidad; y están vinculadas a los operadores del sistema de justicia penal ambiental y al fracaso del proceso de formalización minera que priorizo las acciones de interdicción.

Finalmente, se analizan las medidas cautelares más eficaces para garantizar la eficacia jurídica procesal de la pretensión punitiva y la pretensión resarcitoria; así como, la punición más eficaz de los delitos reseñados mediante el Proceso Inmediato y considerando la minería ilegal/Informal como delito de crimen organizado.

La investigación concluye formulando algunas recomendaciones; asumiendo la visión de que la contención de la violencia punitiva ambiental debe ser encarada, no solo, desde el ámbito punitivo, sino también, desde la óptica de la persecución estratégica del delito y el desarrollo sostenible.

## **PALABRAS CLAVE**

Impunidad, Minería ilegal, Minería informal, Corredor Minero, Desarrollo Sostenible, Ley Penal en Blanco, Intereses difusos, Indefensión, Principio de Oportunidad, Proceso Inmediato, Formalización Minera, Interdicción, Punición Eficaz.



## SUMMARY

This propositive and documentary legal research; proposes legal alternatives to make more effective the punishment of environmental crimes and specifically the crime of illegal mining in the Judicial District of Madre de Dios. These alternatives, based on a solid theoretical argument, facilitate the access to environmental criminal justice and constitute an alternative to proscribe impunity that is harmful because it encourages criminal reiteration.

The research is focused on the Madre de Dios Region and specifically in the area called "Corredor Minero" where the crimes mentioned are perpetrated with greater recurrence by ilegal and informal miners. The research has demonstrated that the punishment of these crimes in the field of study has been very limited by the existence of legal barriers or restrictions and other factors related to the operators actions of the environmental criminal justice system; A situation that has generated impunity and serious environmental and property damages, causing detriment of native communities and other social actors.

The most relevant results of the research are related to the analysis of the identified restrictions or barriers that impede the achievement of an effective environmental criminal justice. In that way, in relation to blank criminal laws, it is assumed that these should be applied only in the environmental crimes analyzed (Articles 304 and 305 of the Criminal Code) in which a substantiated report of the environmental authority is required; which must be emitted expeditiously under penalty of disqualification to the public official who due to inexcusable negligence or due to the breach of functional obligations do not emit the report within the term of law. In the case of Articles 307-A and 307-B, illegal mining offenses and their aggravated forms, this technical report should be avoided with based on the precautionary principle and the accusation of Ministerio Público must be direct when the cases of sincere confession are verified and also in criminal flagrancy.

About the diffuse or collective interests of the passive subject of the crime and the defenseless state of the aggrieved or injured; It is concluded that the active legitimacy in the denunciation of environmental crimes and illegal mining is preferably assumed by the Public Ministry and Public Prosecutor's offices related to the protection of biodiversity.



On the other hand, talking about the Access to criminal law in relation to administrative law, the investigation specifies that the preeminence of administrative law should only be assumed in the case of environmental crimes defined in articles 304, 305 and their aggravated forms in which evidence is required. In the case of Articles 307-A and 307-B, we consider that criminal law must prevail, it means, this technical report should be avoided, and the prosecution should be direct when the cases of sincere confession and criminal flagrancy are verified.

Likewise, the investigation specifies that the principle of opportunity can not be applied in serious, multi-offensive and highly affection crimes to the public interest, such as the crimes analyzed. The assumptions on which its application is based are factors that exclude criminal responsibility and generate impunity openly. The application of the principle of opportunity in environmental crimes and the crime of illegal mining should be prohibited.

In addition to this, other factors have been analyzed, and we conclude that they have an impact on the generation of impunity; and are related to the operators of the environmental criminal justice system and to the failure of the process of mining formalization that prioritized the actions of interdiction.

Finally, we analyze the most effective precautionary measures to guarantee the procedural legal effectiveness of the punitive pretention and the compensatory pretention; as well as the most effective punishment of crimes reported by the Immediate Process and considering illegal / informal mining as an offense of organized crime.

The research concludes making some recommendations; assuming the view that the containment of punitive environmental violence must be fought, not only from the punitive point of view, but also from the point of view of the strategic prosecution of crime and sustainable development.

**KEY WORDS:** Impunity, Illegal Mining, Informal Mining, Mining Corridor, Sustainable Development, White Penal Law, Diffuse Interests, Defiance, Opportunity Principle, Immediate process, Mining Formalization, Interdiction, Effective Punishment.



## 1. CAPÍTULO I. ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

### 1.1.DESARROLLO SOSTENIBLE

Desde siempre, la utilización racional y sostenible de los recursos que nos brinda la naturaleza, implica el uso de elementos constitutivos de la biodiversidad a tal punto y medida que produzca la reducción a mediano plazo de la referida biodiversidad, por lo que se conserva la posibilidad de ésta de poder satisfacer muchas más necesidades y poder satisfacer las necesidades no solo de las generaciones actuales, sino además de las futuras, de la misma manera una vez explotados los recursos no renovables, tales como los hidrocarburos, debe tenerse especial cuidado de no comprometer la biodiversidad al explotar los mismos en exceso y así poder evitar su agotamiento y posterior finiquito absoluto, como ya ha ocurrido en la antigüedad.

Sobre ello, la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y Desarrollo de las Naciones Unidas, también llamada como la Comisión Brundtland, expidió hace un tiempo un estudio técnico en el que estableció el concepto de desarrollo sostenible, reflejada también en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0048-2004-AI/TC, prescribiendo lo siguiente sobre el desarrollo sostenible, “...es aquel proceso en donde se asegura la satisfacción de las necesidades humanas del presente sin que se ponga en peligro la capacidad de las generaciones futuras para atender sus propias necesidades y que por ende involucre la utilización de recursos, la dirección de inversiones y la orientación de los cambios tecnológicos e institucionales que acrediten el potencial actual y futuro de los recursos naturales en aras de atender las necesidades y aspiraciones humanas”<sup>1</sup>

Del mismo modo, el referido estudio de la Comisión Mundial del Medio Ambiente, establece también que el desarrollo sostenible no constituye una situación en particular, sino todo un procedimiento de mutaciones en el cual la utilización de los recursos, las directrices para la inversión, la creación del desarrollo tecnológico, y las alteraciones gubernamentales deben estar en consonancia tanto con la actualidad como con el futuro.

---

<sup>1</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0048-2004-AI/TC



Tal como podemos observar, la idea del desarrollo sostenible, pretende buscar el balance adecuado entre la estructura económica social que rige nuestro país, así como el derecho constitucional y fundamental a vivir en un ambiente sano y equilibrado. Nos encontramos sin lugar a dudas ante la disyuntiva de maximizar las utilidades y ganancias y el cuidado y protección del medio ambiente que muchas veces se ve perjudicado con ocasión de actividades productivas que buscan generar ganancias económicas. Dicho esto, tenemos al principio de sostenibilidad, taxativamente previsto en el artículo V de la Ley General del Ambiente, mediante el cual se trata de regular a las actividades productivas en consonancia con la conservación del medio o entorno en las cuales se realiza, todo ello en búsqueda del sustento necesario para las nuevas generaciones, aquellas futuras e impostergables generaciones. De esta manera los derechos fundamentales que de las generaciones de hoy, no pueden comprometer ni deben ser el motivo de ruina de las generaciones del mañana en términos tanto económicos como de calidad de vida, entre ellos los realizados con el medio ambiente, tema que hoy nos ocupa.

Ahora bien, empero también debemos precisar que la idea de desarrollo sostenible no solo implica la conservación exclusiva del patrimonio medio ambiental, sino que además deben preservarse aquellas cuestiones referidas al legado cultural, lo cual implica que la obligación que las nuevas generaciones no termina con las cuestiones meramente ambientales, aunque claro está constituye el fundamento esencial del concepto específico de desarrollo sostenible, pero obviamente este no termina ahí.

Asimismo debemos señalar que la definición de Desarrollo Sostenible resulta mucho más relevante que meras cuestiones ambientales sobre la preservación del entorno medio ambiental, involucrando además a los conceptos de biodiversidad y por tanto a la preservación de la vida en concreto, teniendo que ver también con los denominados DESCs, estos son, Derechos económicos, sociales y culturales.



Siendo ello así, para que el concepto de desarrollo sostenible involucre cuestiones de mayor importancia en la conservación del medio ambiente, resulta importante determinar cuáles son sus cualidades esenciales, así entonces tenemos que una de sus principales cualidades, es la referida a su calidad integradora, que pretende buscar el balance ideal entre las cuestiones ambientales, y las actividades económicas productivas, que además están estrechamente relacionados con los aspectos sociales y culturales de los entornos medio ambientales, que en conjunto existen o deben existir con la finalidad de optimizar la calidad de vida de los ciudadanos involucrados. En este punto tenemos a bien hacer alusión al conocido concepto del Riesgo Posible, que es básicamente un instrumento de conciliación entre aquellos intereses de distinta índole, constituyendo una restricción a las actividades humanas, que con la excusa del crecimiento empresarial y la libertad contractual y de trabajo, muchas veces resultan nocivas para el desarrollo y la salud de los seres, no solo humanos, sino también vivos. Los parámetros de medición de dicho riesgo, son las que limitan la procedencia de los ciudadanos de una determinada localidad en búsqueda del bien común, y que en suma resulta parte del ya conocido *Ius Imperium*, poder con el cual cuenta el Estado, que implica su facultad de gobernar y por tanto de utilizar políticas estatales con la debida legitimación social, todo ello en consonancia con los fines utilitarios y de necesidad social, así como del derecho consuetudinario.

La siguiente cualidad está referida a la eficacia del desarrollo sostenible, toda vez que la definición de esta, va mutando constantemente en función a la inserción de diferentes cuestiones sociales basadas en la búsqueda de la satisfacción de las necesidades en términos económicos sociales, y el equilibrio ecológico.

De otro lado tenemos a otra cualidad íntimamente relacionada con las anteriores, como todos sabemos, el desarrollo sustentable, importa una idea de desarrollo pragmático a mediano y largo plazo, por tanto debe tomarse en cuenta de dicho modo por las autoridades legislativas, o más procesalmente hablando, por la judicatura al momento de fallar en un determinado sentido, tratándose de la resolución de una controversia donde dos o más intereses se encuentren en conflicto, naturalmente en el tema que nos ocupa, vinculado a cuestiones medio ambientales. Ahora bien, tratándose de las autoridades

legislativas, estas deben proceder a la regulación y emisión de normas que guarden consonancia con la posibilidad de reestructuración de los entornos medio ambientales, y tratándose de los jueces, estos deben resolver realizando una interpretación pro medio ambiente, es decir ampararse en leyes destinadas a la protección del medio ambiente, por encima de aquellas destinadas a cautelar intereses económicos, entiéndase actividades productivas.

En suma, y en consonancia a las disposiciones constitucionales, en nuestro país contamos con un sistema jurídico ambiental sustentado en el desarrollo sustentable, el cual importa una obligación proteccionista y constante tanto para el Gobierno, como para toda la sociedad en general, obligación que se materializa con el establecimiento de restricciones a ciertos derechos de naturaleza económica, como la libertad del trabajo y de empresa, así como el derecho a la propiedad privada, y por tanto se subordina tanto el ejercicio público como el ejercicio privado, a cumplir y acatar siempre las obligaciones estatales impuestas, tanto por el Gobierno como por la sociedad.

Finalmente debemos señalar que de una interpretación sistemática del inciso 22 del artículo 2, así como de los artículos 66, 67, 68 y 69 de nuestra Carta Magna, podemos señalar que una clara muestra del derecho fundamentales que le asiste a todas las personas a gozar de un ambiente sano y equilibrado para la búsqueda de su bienestar, es la preservación, cuidado y respeto de los recursos naturales, sobre todo aquellos que son no renovables, toda vez que como patrimonio de todos los peruanos, necesariamente deben estar sujetos a una utilización racional y sobre todo sostenible, y que aquellas ventajas sean económicas, sociales o culturales que de estos resulten, sean favorables a toda la sociedad y más específicamente al entorno implicado determinadas actividades involucradas con el medio ambiente, siendo por ello obligación del Estado, preservar y fomentar las políticas ambientales idóneas para tal fin.

## **1.2.DERECHO AMBIENTAL**

Esta rama del derecho tanto público como privado, se manifiesta de manera concreta por primera vez en el ambiente internacional con motivo de la Conferencia de Estocolmo del año 1972, la misma que ha tenido una gran relevancia en el quehacer jurídico ambiental, y que ha ido incrementando dicha relevancia con el transcurrir del tiempo, el Derecho Ambiental, como la mayoría de sus ramas legales, consiste en un conjunto de preceptos de carácter jurídico e imperativo que imponen y regulan las relaciones entre los seres humanos. Empero por su naturaleza particular, reviste una protección de carácter difuso, correspondiente a toda una sociedad ante una persona en particular, cuyos intereses en materia ambiental se estén dilucidando.

A efectos de un mejor análisis, tenemos a bien remitirnos a lo estipulado por la Dra. Sandra Casabene de Luna, la misma que refiere sobre la materia lo siguiente: “ (...) el derecho al medio ambiente es el derecho que le asiste a todos los hombres que supone una subjetividad difusa, por la cual cada persona individual, al poner en práctica su propio interés, pone en práctica el interés de la colectividad, es decir los derechos colectivos, aquellos que Scialoja llama derechos subjetivos públicos difusos...”.<sup>2</sup>

Respecto a la referida conceptualización que hace la doctrina, podemos apreciar que el Derecho Ambiental propiamente dicho, ostenta una serie de cualidades fundamentales que constantemente y a pesar del tiempo, se han ido sosteniendo a diferencia de otras especialidades del derecho, cualidades que ahora mismo pasaremos a repasar.

Es Público, el Derecho Ambiental es una rama del derecho de carácter público en primer término, toda vez que importa el interés de una colectividad. Asimismo tenemos que el Derecho Ambiental, es privado y sobre todo preventivo, tal como hemos referido anteriormente, ello en razón de que los efectos y resultados del perjuicio que se pueda ocasionar en el medio ambiente, son en gran medida imposibles de restaurar del todo, y si bien el Gobierno tiene el deber de aplicar las restricciones y posteriores sanciones, ello jamás será lo mismo que reformar o reparar el balance que existía entre los elementos constitutivos del medio ambiente.

<sup>2</sup> Casabene de Luna Sandra Elizabeth, Nociones Fundamentales sobre Derecho del Medio Ambiente, 1999.



Por otro lado tenemos que las fuentes de esta rama del Derecho, no vienen a ser aquellas meramente legales (en sentido jurídico), sino que además provienen de distintas disciplinas y ciencias, tales como la Geología, la Ecología, la Biología, entre otros. Asimismo, la cautela del medio ambiente, uno de los fines sustanciales de esta rama del derecho, se concreta a través de la cautela de los elementos constitutivos de este, ello en razón del nivel de importancia de carácter utilitario que posean.

En ese sentido tenemos que el Derecho Ambiental, estudia y regula las relaciones y actividades que el hombre realiza y que tienen repercusión o contenido ambiental. Por lo que el Derecho Ambiental en gran medida, es de carácter supranacional, toda vez que como es sabido por todos, la protección del medio ambiente y los recursos naturales, es una cuestión transnacional, esto es que supera todas las fronteras nacionales, y que más bien importa un problema que atañe a todo el globo terráqueo y a cada uno de las naciones que lo integra, sin importar su política o sistema de gobierno por el cual se rijan, tal es el caso de Cuba, que siendo un Estado socialista, han suscrito en más de una ocasión, tratados y convenios de carácter protección sobre el medio ambiente.

### 1.2.1. ÁMBITO DE PROTECCIÓN DEL DERECHO AMBIENTAL

En este acápite, procederemos a analizar cuál es el ámbito de protección general y específico que posee el Derecho en materia ambiental, sobre aquel relacionado con el bien jurídico tutelado en esta materia y el motivo de su inclusión como uno de los bienes jurídicos protegidos por nuestro sistema jurídico, así como el uso del Derecho Penal preventivo y sancionador, como un instrumento de cautela, empero ello, debemos precisar en primer lugar que entendemos por Medio o Entorno Ambiental.

Como es por todos sabido, el término Medio, proviene del vocablo griego *Messon*, que a su vez proviene del Latín *Medius*, que significa Lugar del Centro, medio rodeado por un contexto que lo vincula o lo aleja al mismo tiempo. Del mismo modo, el término ambiente, proviene del vocablo latín *Ambiere*, lo que está alrededor; por lo que tla como



podemos apreciar, el término Medio Ambiente, no es la más acertada para referirnos al entorno ecológico que nos rodea, empero su utilización generalizada ha hecho que se convierta en práctica lingüística mundial. El primer uso que se le dio a la definición de Medio Ambiente, deriva del Filósofo Etienne Geoffroy Saint Hilaire, un Ius Naturalista francés que se refirió al medio ambiente específicamente en su tratado sobre la vida animal del año 1833, cuando lo definió como “(...) *el conjunto de elementos naturales, esencialmente abióticos que generan el crecimiento de organismos los mismos que están relacionados entre sí durante toda su existencia*”<sup>3</sup>.

Del mismo modo, Webster en el año de 1976 trató de definir al Medio Ambiente como “(...) *las condiciones, influencia o fuerzas que envuelven e influyen o modifican, el completo de factores climáticos, edáficos y bióticos que actúan sobre un organismo vivo o una comunidad ecológica y acaba por darle su forma y su supervivencia, la suma de los elementos sociales y culturales, como las costumbres, leyes, idioma, religión, organización política y económica y otros, que determinan la forma de vida de una persona o de su comunidad*”.

Asimismo, Poutrel y Wasserman estableció en el año 1977 sobre el Medio ambiente lo siguiente “(...) *el conjunto en un momento determinado de los agentes físicos, químicos, biológicos y de los factores sociales susceptibles de tener un efecto directo o indirecto inmediato o a término sobre los seres vivos y las actividades humanas*”

Con carácter internacional, tenemos a los conceptos consagrados en la Guía de estudios físicos de Madrid, que establecen lo siguiente: “(...) *El conjunto de elementos bióticos y abióticos que actúan sobre los organismos y entornos ecológicos determinando su forma y crecimiento, condiciones o circunstancias que rodean a los seres humanos, animales o cosas...*”<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Etienne Geoffroy Saint-Hilaire, Tratado sobre Vida Animal, 1833.

<sup>4</sup> Guía de Estudio del Medio Ambiente, Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Madrid, España, 1991.

Así también, la Comisión Económica Europea, prescribió el 27 de agosto del año 1970, lo siguiente sobre el medio ambiente y el desarrollo humano: *“(...) Es el conjunto de sistemas integrado por hechos y requisitos materialmente definibles que implican fundamentalmente a entornos sanos y equilibrados, a través de medios que ya conocemos, o que pueden adaptarse en un futuro próximo, y con los cuales el ser humano ha estrechado lazos específicos, el procedimiento constante evolutivo, que a su vez ostenta el mismo carácter permanente que el medio ambiente, también esta íntimamente relacionado con la interrelación e introspección entre los seres humanos y los otros componentes del medio ambiente a través de los cuales actúan las personas, usándolos, desarrollándolos y acoplándolos a un estilo de vida determinado, esto es por tanto, un procedimiento en el cual intervienen una serie de anhelos y pretensiones propias del ser humano).*

Dicho esto tenemos que el medio ambiente, se encuentra íntimamente relacionado al desarrollo y desenvolvimiento del ser humano, con lo cual se convierte, aunque siempre lo fue, en un requisito sustancial y sin el cual no sería posible la satisfacción de las necesidades del hombre. El ejercicio del derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado, importa así un derecho difuso, esto es que interesa a toda una colectividad, y que por tanto trasciende a los intereses individuales, convirtiéndose en una necesidad universal) o de una determinada comunidad específica). Por ello, al margen de cautelar derechos fundamentales particulares, cautelar los derechos con contenido medioambiental, está orientado a proscribir el desarrollo de actividades (productivas) que causa o puedan causar daños en perjuicio de bienes jurídicos tutelados con contenido ambiental o no, donde el derecho penal tiene un rol consustancial.

Del mismo modo, el resguardo del equilibrio del medio ambiente, refleja además un contenido constante, permanente y funcional, que genera además una mejora en las condiciones de vida de la persona, y por supuesto el desarrollo y ejercicio de su libertad como tal, y no se restringe a normativas meramente proteccionistas, sino también garantistas, que reconocen al ser humano como un elemento simbiótico de su entorno ecológico, teniéndose en cuenta que los intereses individuales solamente caben en el grado que se tomen en cuenta el ejercicio colectivo del mismo. Asimismo, el ejercicio

productivo de las actividades del hombre no solamente debe tener presente la no afectación ecológica, sino que además debe estar orientada a la reestructuración de los daños ya producidos, o ante los denominados riesgos previsibles, que son los daños que en definitiva van a producirse con motivo de la sola realización de la actividad productiva entendiéndose industrial o no, ello siempre bajo los estándares máximos permisibles

En suma, si bien a lo largo de los años, se ha tenido la idea que el bien jurídico tutelado por el derecho ambiental, es el contenido en nuestro entorno ecológico el cual de alguna manera circunscribe la realidad del hombre, empero la tutela jurisdiccional que importa el derecho ambiental en estos días de globalización y preocupación mundial por el medio ambiente, tiende a sobrepasar los límites proteccionistas, y se extiende hasta los diferentes derechos fundamentales de conservación, intereses difusos, y crecimiento social, donde las políticas gubernamentales juegan un rol protagónico, tanto en prevención, como en regulación y sanción.. Dichos intereses tienen además un contenido patrimonial económico, de cautela de los intereses de la ciudadanía, e inclusive de áreas verdes y paisajes.

Por ello tenemos a bien señalar que la cautela del medio ambiente, no solo es una obligación, sino también es una necesidad que con el pasar del tiempo se va acrecentando hasta convertirse en una de las principales necesidades del ser humano, ergo, conforme se va incrementando la voracidad destructora del ser humano, entonces el derecho ambiental y su ámbito de protección también se va extendiendo, circunscribiéndose a objetos tutelables, antes impensados, como la contaminación sonora. Todo ello podemos verlo reflejado en las constantes modificatorias a nuestro Código Penal, y a nuestro Novísimo Código Procesal Penal, cuyos insistentes cambios, no hacen otra sino reflejar la gran preocupación que se vive con motivo de la problemática ambiental, no solo en los más bajos estratos sociales, sino también a nivel gubernamental.



Empero ello, no podemos olvidar que nuestro sistema jurídico, si bien toma en cuenta las cualidades del bien jurídico a tutelar, y por medio de distintas directrices y normativas-muchas de ellas en blanco- intenta determinar los elementos constantes de esta cuestión, tenemos que señalar que estas disposiciones son de naturaleza *ultima ratio*, y que en realidad la protección del medio ambiente se concreta en gran medida en la burocracia administrativa, es decir, detrás del escritorio, sanciones de carácter administrativa mas no penal, lo cual hace pensar que nuestra legislación carece de mecanismos eficientes de protección ambiental. Del mismo modo debemos señalar que la referida normativa de protección ambiental, está constantemente menoscaba por dos elementos que le restan eficiencia, y que serán objeto de análisis a través del presente trabajo de investigación, estamos hablando de en primer lugar, la insuficiencia probatoria al momento de atribuirle responsabilidad penal a una persona jurídico, en sus distintas modalidades, y sin duda alguna, la más importante de ambas, la falta de conexidad lógica y razonamiento jurídico-penal en la legislación ambiental que se materializa en los tipos penales concernientes a la problemática ambiental, toda vez que el Derecho penal en materia ambiental, siempre ha tenido una naturaleza complementaria, al tratar siempre en segundo orden, el acatamiento de las normas regulatorias y sancionadoras de esta materia.

### **1.2.2. CONTEXTO HISTÓRICO DEL DERECHO AMBIENTAL**

Al respecto de la evolución de la normatividad destinada a la regulación del medio ambiente y por supuesto de su protección, tenemos que el Derecho Ambiental-aunque no como lo conocemos hoy en día- tiene sus inicios en las civilizaciones precristianas, tal es el caso del Código de Urnammu de Lagash, en el año 2100 a.C. aproximadamente, en dicho manuscrito, se resaltaba el papel fundamental del agua, recurso hídrico muy utilizado por los hititas, determinándose por vez primera sanciones de carácter económica a quienes contaminaran o mellaran de modo alguno el agua que los pobladores de dicha zona utilizaban.

Asimismo en Roma, el medio ambiente y los recursos naturales en sí, constituían un elemento fundamental en el desarrollo de la vida, tal como podemos apreciar en los



denominados “Auspicios”, los cuales consistían en distintos fenómenos de la naturaleza, tales como lluvias, nevados, deshielos, inundaciones, inclusive terremotos, y otros, los mismos que finalmente eran tomados en cuenta al momento de decidir las políticas sociales y culturales de dicha región del mundo, al ser entendidos en aquel entonces como puras manifestaciones religiosas.

Del mismo modo tenemos que la primera norma específicamente de naturaleza ambiental, fue aquella dictada por el Emperador Julio César, la cual consistía en prohibir el tránsito de carruajes en lugares específicos de Pompeya y Roma, a fin de disminuir los niveles de ruido producidos en dicha zona.

Por otro lado tenemos que en España, el derecho ambiental presentó una clara evolución legislativa, tal como podemos apreciar de lo prescrito por el Fuero Juzgo, en el siglo VII d.C, así como la Ley de las 7 Partidas, a través de las cuales se establecía que los puertos, ríos y caminos eran considerados de propiedad de todos los hombres. Así también tenemos que en el Código La Nueva Recopilación (Novísima Recopilación) del año 1548, se establecieron algunas normas proscribiendo la contaminación de los ríos y cañadas, en suma del agua, así como de las criaturas marinas, denotándose por tanto en esta nueva recopilación, una legislación por primera vez en materia ambiental, debidamente organizada, destinada esencialmente a cautelar las tierras del reino, a través de sanciones pecuniarias a quienes producían todo tipo de acciones que perjudiquen al medio ambiente, tales como causar incendios o realizar quemas imprudentes, así como talar árboles sin la debida autorización.

En Latinoamérica, podemos determinar el inicio de la evolución legislativa en materia ambiental, la misma que abarcaría épocas como la formación de las primeras Repúblicas hasta la gran Conferencia de Estocolmo del año 1972. En dicho periodo no había una legislación en materia ambiental bien definida, empero existía un paquete de normas destinadas esencialmente a controlar la burocracia y el uso de los recursos naturales, los cuales están indistintamente diseminados, tienen una naturaleza especial y por la época, carecían de sistematización alguna.

Del mismo modo, el famoso Libertador Simón Bolívar, expidió en su época libertadora, algunas disposiciones en materia ambiental, especialmente en su época de mandatario de estas regiones del sur, disposiciones como el Decreto de Protección de la Fauna, que se dio en la ciudad de Cusco-Perú el 05 de julio de 1825, el Decreto de Protección del Agua, dictada en Chuquisaca el 19 de diciembre de 1825, el Decreto de Protección de la Salubridad del Ambiente y Estética de las Poblaciones dictada en Bogotá el 22 de diciembre de 1827, o el Decreto de Protección de los Bosques en la ciudad de Guayaquil el 31 de julio de 1829, y otros, todos ellos intentos de protección y regulación ambiental en dicha época.

Seguidamente, tras la Conferencia de Estocolmo en el año 1972 se establecieron los primeros ordenamientos normativos especializados en algunas naciones de Latinoamérica, sobre ello tenemos que Colombia, es el primer país de esta región en establecer esta clase de legislación en materia ambiental, ello con la regulación del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección del Medio Ambiente del año 1974, lo cual implica la primera codificación legislativa de naturaleza ambiental en Latinoamérica.

Respecto a otros países de la región, tenemos a Ecuador, que en el año de 1974 creó la Ley para la Prevención y Control de la Contaminación Ambiental, así también Venezuela creó en el año 1976 la Ley Orgánica del Medio Ambiente, norma que establecía los preceptos generales de la preservación y protección del medio ambiente, en el año 1981 tenemos a Brasil con la Ley N° 6938 que prescribía la Política Nacional del Medio Ambiente, asimismo tenemos que en Cuba se creó la Ley N° 33 también en el año 1981 que contemplaba la protección del medio ambiente y el uso racional del agua, en Guatemala tenemos que en el año 1986 se creó la Ley de Protección y Mejoramiento del Medio Ambiente, en México tenemos a la Ley General del Equilibrio Ecológico y Protección del Ambiente del año 1988, en la década siguiente, específicamente en el año 1992 se creó en Bolivia la Ley General del Medio Ambiente. Y por supuesto tenemos al Perú que en el año de 1990 se expidió el Código del Medio Ambiente y Recursos Naturales.

Del mismo modo, respecto a la evolución legislativa del Derecho Ambiental, tenemos a bien remitirnos a la Convención de Ginebra realizada en el año 1925, en la cual se

proscribió la utilización de armas en estricto químicas y bacteriológicas, así también tenemos como parte de la evolución legislativa en materia ambiental, a la Conferencia de Estocolmo realizada en junio del año 1972, en la cual se establecieron los preceptos generales y fundamentales en materia ambiental, tales como el derecho de los seres humanos a disfrutar del planeta tierra en un ambiente sano y equilibrado, lo cual constituyó un claro precedente de lo que hoy todos conocemos como la definición de Desarrollo Sostenible, al precisarse en el Principio N° 1 de la Declaración Final de esta Conferencia, lo siguiente: *“El hombre tiene el derecho fundamental a la libertad, la igualdad, y el disfrute de condiciones de vida adecuadas en un medio de calidad tal que se le permita llevar una vida digna y gozar de bienestar y tiene la solemne obligación de proteger y mejorar el medio para las generaciones presentes y futuras”*.<sup>5</sup>

Al respecto de dicha Convención, tenemos que señalar que se dieron los primeros conceptos sobre Derecho Ambiental, para que posteriormente se expidan las normas ambientales y reglamentos que determinen la responsabilidad de los seres humanos en relación a la preservación del medio ambiente.

Existe otro periodo importante en la evolución legislativa del Derecho Ambiental, y se da en la Conferencia de Río de Janeiro del año 1992, en la cual se prescriben los preceptos generales para la habilitación de los intereses económicos y ambientales, manifestados además en la Comisión Mundial del Medio Ambiente y el Desarrollo del año 1987, habiéndose adoptado ya para ese entonces un concepto razonable de Desarrollo Sostenible, en el cual además se logró conciliar la idea de la conservación del medio ambiente con el mercantilismo y el comercio, aunque no tuvo mayores consecuencias jurídicas.

Ahora bien, muy a pesar de los grandes logros realizados en dicha conferencia-Conferencia de Río de Janeiro del año 1992-tenemos que manifestar que los resultados no han sido muy bien materializado aun en la actualidad. Por otro lado tenemos a la Gran Cumbre de la Tierra, llevada a cabo en el Sur de África, específicamente en Johannesburgo durante el mes de agosto y setiembre del año 2002, aunque esta no

---

<sup>5</sup> Conferencia de Estocolmo, Declaración Final, Principio 1.



resultó o no tuvo el soporte necesario para obtener lo que se pretendía y se habla más bien de un fracaso, esto se debió en gran medida a las trabas interpuestas por los norteamericanos y otras naciones que producen petróleo, no habiéndose comprometido estos a un desarrollo progresivo en el uso de instrumentos energéticos renovables a fin de reducir la gran contaminación que esta actividad extractiva genera.

### 1.2.3. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES EN MATERIA AMBIENTAL

Siendo ello así, nuestro país ha suscrito y ratificado una serie de instrumentos de carácter internacional, entiéndase tratados, convenios y pactos en materia medioambiental, entre los cuales destacan sobre todo los siguientes:

- *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo (Río, 1992).*
- *Cumbre Mundial sobre el Desarrollo Sostenible (Johannesburgo, 2002).*
- *Proceso Cumbre de las Américas.*
- *Convención de las Naciones Unidas de Lucha contra la Desertificación en los Países Afectados por Sequía Grave o Desertificación, en particular en África (UNCCD).*
- *Convención marco de las Naciones Unidas sobre Cambio Climático (UNFCCC).*
- *Convención a los Humedades de Importancia Internacional especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (RAMSAR).*
- *Convención sobre el Comercio Internacional de las Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestre (CITES).*
- *Convención Internacional para la regulación de la Caza de las Ballenas (Comisión Ballenera Internacional).*
- *Convenio sobre Diversidad Biológica (CDB).*
- *Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación.*
- *Convenio de Rotterdam sobre el Procedimiento de Consentimiento previo Fundamento aplicable a ciertos Plaguicidas y Productos Químicos Peligrosos objeto de Comercio Internacional (PIC).*

- *Convención sobre la Conservación de los Recursos Marinos Vivos Antárticos (CCAMLR).*
- *Convención sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural.*
- *Convenio de Estocolmo sobre Contaminantes Orgánicos Persistentes (POPs).*
- *Convenio de Viena para la Protección de la Capa de Ozono.*
- *Protocolo de Montreal relativo a Sustancias Agotadoras de la Capa de Ozono.*
- *Convención sobre la Conservación de las Especies Migratorias de Animales (CMS).*
- *Convenio para el Manejo y Conservación de la Vicuña.*

## CASUÍSTICA CONSTITUCIONAL AMBIENTAL

### A. *STC N° 4223-2006-AA/TC-EL CASO NEXTEL*

Al respecto tenemos que el máximo intérprete de nuestra Constitución, nuestro Tribunal Constitucional, estableció a través de la muy reconocida Sentencia N° 04223-2006-AA/TC, en el cual la parte demandante solicitaba se le reconozca su derecho a vivir en un ambiente sano e idóneo para el desarrollo de su vida, exigiendo se determine el inmediato desmembramiento de una antena de telecomunicaciones, específicamente de la empresa Nextel, así como los instrumentos tecnológicos instalados en una comunidad local, toda vez que su estancia implicaba-siempre en opinión de la parte demandante-una grave infracción, al derecho a la tranquilidad, a la paz, y por supuesto al disfrute de un ambiente sano y equilibrado, y en todo caso al derecho a la salud de los ciudadanos d dicha comunidad. Es así que el Tribunal Constitucional decide desarrollar una serie de principios constitucionales a fin de esclarecer el referido caso y determinar a quién le asistía el derecho, precisamente en función a estos principios, estableciendo así jurisprudencia en materia constitucional sobre la relación derivada de las actividades productivas con fines económicos y el derecho a habitar un ambiente sano y equilibrado.

En primer término tenemos el Principio de Conservación, el mismo que pretender conservar un idóneo estado de los elementos medioambientales, así también tenemos al Principio de Prevención, que importa la preservación de los recursos naturales ante

cualquier eventual riesgo que pueda ver perjudicado su presencia. Por otro lado tenemos al ya mencionado Principio de Desarrollo Sostenible o sustentable, también tenemos al Principio de Restauración, sobre la recuperación de los elementos biológicos dañados; el Principio de Mejora, a través del cual se pretende optimizar las ventajas comparativas de los elementos medio ambientales, a favor del goce y disfrute del ser humano; el Principio Precautorio, el cual implicar tomar las medidas de preservación en caso de disyuntiva científica y amenazas provenientes de las actividades productivas del ser humano con fines económicos y que intervienen en el proceso medio ambiental, y finalmente el principio de Compensación, el cual constituye la invención de las herramientas reparativas por la extracción de recursos sobre todo no renovables, al cual también se hace referencia en la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0048-2001-PI/TC.

En el referido proceso constitucional, si bien el Tribunal Constitucional no dictaminó finalmente el desmembramiento de la antena de telecomunicaciones, toda vez que en opinión del Colegiado, la prohibición absoluta o desmantelamiento de dicha antena, no siempre supone la protección del referido derecho en cuestión, es decir se puede respetar adecuadamente el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, reduciendo el riesgo de exposición de dicha antena, y no siempre con su desmantelamiento, pudiendo proteger a la comunidad con otras medidas, tales como la regulación y control con ciertas restricciones que finalmente se le impuso a la referida empresa, por lo que de los Estudios Técnicos realizados, el Tribunal Constitucional concluyó que no existía ni mucho menos un inminente riesgo de exposición radiactiva, por lo que no procedía el desmembramiento de la antena, empero ello no implicaba que no debían realizarse los controles de medición correspondientes, a fin de garantizar la protección de las emisiones radioeléctricas que la referida antena podría provocar y las cuales podrían afectar el equilibrio de un ambiente sano y equilibrado, y más concretamente la vida y la salud de la población en cuestión.

#### ***B. STC N° 03343-2007-PA/TC- EL CASO REPSOL.***

Seguidamente tenemos otro caso no menos importante contenido en la Sentencia N° 033-2007-PA/TC, en la cual se estimó por fundada la acción de amparo y se dispuso la



cancelación de la última etapa de extracción en un área de conservación ecológica llamada la Cordillera Escalera, todo ello hasta que no se tuviese un Plan General con todas las garantías del caso, existiendo la posibilidad de retomarse con la actividad, una vez se tuviese a la mano el referido plan, y se pueda demostrar una relación de consonancia entre la actividad productiva de extracción, y la existencia del área natural denominada la Cordillera Escalera, un área de protección ecológica.

La decisión final del colegiado, estuvo basada en la constatación de la falta de un Plan General, cuya exigencia y posterior revisión estaba a cargo de los estamentos estatales correspondientes, más no de la empresa cuestionada. Siendo ello así y con el de demostrar un fallo correcto que vaya de la mano con la idea proteccionista de las áreas naturales y el uso sostenible de dichos recursos, el Colegiado tan solo se limitó a suspender la referida extracción, hasta que se contase de una vez por todas con el Plan General antes mencionado.

En adición a esto debemos señalar que el fallo además respondió a que el Área de Protección Ecológica denominada La Cordillera Escalera, es una zona de vital importancia no solo a nivel nacional, sino que muy especialmente para las regiones que lo constituyen, como es el caso de San Martín, toda vez que importa la mayor fuente de agua para esta zona, así como el recojo del carbono, y la existencia de una gran diversidad biológica en dicha zona, así como otros factores igual o más importantes.

Asimismo debemos señalar que en dicha zona-Cordillera Escalera- se ha tenido desde siempre fines de naturaleza ambiental, nada que ver con actividades productivas, y mucho menos extractivas, siendo los principales fines de esta área, según el artículo 2 del Decreto Supremo N° 045-2005-AG, en primer lugar, el preservar y cautelar los recursos medio ambientales y la biodiversidad de la zona, y en segundo lugar garantizar a la sociedad local el desarrollo normal de los procesos naturales de dicha zona. Del mismo modo el referido fallo responde a que las áreas de conservación de nuestra nación, tienen por objetivo fundamental, entre otros, garantizar la permanencia de los procesos medio ambientales restaurativos, así como garantizar la permanente de dichos

procesos y conservar los recursos naturales, inclusive los genéticos, los mismos que posibiliten la optimización de los ciclos naturales, y se puedan determinar las compatibilidades necesarias ante cambios drásticos en la naturaleza.

### **C. EL CASO DE LOS VEHÍCULOS USADOS**

Finalmente tenemos al también conocido caso de autos usados, donde nuestro Tribunal Constitucional desestima por infundada la demanda, toda vez que estimó que el Decreto Supremo N° 017-2005-MTC importaba por sí mismo una legítima restricción al derecho a la libertad de empresa y de trabajo también consagrados por nuestra Carta Magna, basándose fundamentalmente a que la existencia de prerequisites para la exportación de vehículos usados, y de las piezas que lo componían, entiéndase repuestos de refacción y otros, tienen como objetivo primordial-los requisitos ya mencionados-cautelar el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, así como el derecho a la salud y finalmente a la vida, siendo que cautelar los elementos medio ambientales supone el desarrollo de un mejor nivel de vida para las personas que conforman su entorno, esto es, mejorar su calidad de vida, siendo que el incremento del perjuicio y deterioro de los recursos naturales, constituye también un riesgo exponencial para la propia vida de las personas que conforman el referido entorno.

Siendo ello así, el tribunal entendió una vez más al momento de sentenciar, que los derechos constitucionales, sean fundamentales o no, no son ni mucho menos absolutos, por lo que debemos establecer si cautelar el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, y a la vida y la salud, implican límites legales sobre los derechos a la empresa y al trabajo, y obviamente la libertad contractual en este caso, es entonces que se estableció que la exportación e importación de vehículos usados o sus partes correspondientes, importa una actividad con fines económicos que debe sujetarse a todos los requisitos taxativamente prescritos por ley, aquellos requisitos que en opinión de la empresa automotriz son requisitos inconstitucionales porque vulneran la libertad contractual de empresa y de trabajo, sin embargo en aras de preservar al medio

ambiente y los elementos constitutivos que lo contienen, entiéndase recursos naturales, estos requisitos legales deben cumplirse.

### 1.3. CONTENIDO CONSTITUCIONAL

Como es bien sabido, el derecho a un ambiente sano y equilibrado en el que el ser humano pueda desenvolverse con total normalidad en búsqueda de un hábitad adecuado donde pueda desarrollarse exitosamente, se encuentra constitucionalmente protegido por nuestra Carta Magna y sus precedentes constitucionales, por ello es innegable el contenido constitucional que reviste al Derecho Ambiental. Al respecto debemos precisar en primer lugar que los derechos fundamentales en todas sus dimensiones son los que en un inicio recogen estos derechos de contenido ambiental, por ello, y a efectos de un mejor análisis debemos remitirnos a lo señalado por el Dr. Fernando Calle Hayen, el mismo que señala lo siguiente: *“Los derechos fundamentales que la Constitución reconoce son efectivamente derechos subjetivos, pero también constituyen la manifestación de un orden material y objetivos de valores constitucionales en los que se sustenta todo el ordenamiento jurídico. Esta última dimensión de los derechos fundamentales se traduce, por un lado, en exigir que las leyes se apliquen conforme a los derechos fundamentales (efecto de irradiación de los derechos en todos los sectores del ordenamiento jurídico), y, por otro, en imponer sobre todos los organismos públicos un deber de tutelar dichos derechos”*.<sup>6</sup>

Sobre ello debemos precisar que los derechos fundamentales tienen un alto contenido objetivo-material puesto que si bien pertenecen al sujeto (subjetivo) estos derivan de circunstancias y hechos comunes en un ordenamiento jurídico bien constituido, y por lo tanto aquellas situaciones jurídicas de naturaleza ambiental-aunque no solo estas-deben reglamentarse a la luz de los derechos fundamentales consagrados o no (derechos no enumerados) en nuestra Carta Suprema, como el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, así entonces surge la obligación imperativa que tiene el Estado para con la sociedad, de ordenar a todos sus organismos públicos y descentralizados de cumplir y hacer cumplir con la cautela de estos derechos, que ya aparece en su primera dimensión,

---

<sup>6</sup> Dr. Fernando Calle Hayen-<http://derechopedia.pe/explore/derecho-constitucional/163-el-derecho-ambiental-y-el-tribunal-constitucional-del-per%C3%BA> 10-04.2016. Hrs: 10:00. a.m.



como una obligación estatal por mandato de la Ley y como parte del Ius Imperium del Estado.

Ahora bien, ello no implica que estos derechos deben ser oponibles solo a los distintos entes del Estado, entiéndase organismos gubernamentales. Al respecto el máximo intérprete de la Constitución, nuestro Tribunal Constitucional, ha reiterado en varias oportunidades que en nuestro ordenamiento jurídico-constitucional los derechos fundamentales relacionan tanto a los privados (relación inter privados de normas fundamentales) como al propio Estado. Así entonces tratándose del derecho a un medio ambiente sano y equilibrado, tema que hoy nos ocupa, la obligación del Estado se encuentra compartida, además de otros agentes, con los sujetos privados que desarrollen actividades que causen perjuicio o puedan perjudicar el medio ambiente.

Del mismo modo es por todos conocidos que a lo largo de nuestra evolución legislativo-constitucional, entiéndase a las Constituciones del año 1979 y 1993, se ha querido enfatizar la protección del medio ambiente de tal forma que los ya referidos derechos fundamentales están contenidos en capítulos excluyentes y exclusivos sobre tutela de derechos. Así por ejemplo sin ir muy en nuestro pasado constitucional, tenemos que el artículo 119, capítulo II de la Constitución Política del Perú del año 1979, se prescribía lo siguiente: “...*el Estado evalúa y preserva los recursos naturales, asimismo fomenta su racional aprovechamiento, promueve su industrialización para impulsar el desarrollo económico*”.<sup>7</sup>

En ese mismo sentido nuestra actual Constitución Política prescribe en su Capítulo I, Artículo 2,° numeral 22 lo siguiente: “*Toda persona tiene derecho a: ...la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida*”<sup>8</sup>. Así también en el Capítulo II artículo 67° del mismo cuerpo constitucional se establece que: “...*el Estado determina la política nacional del ambiente y promueve el uso sostenible de sus recursos naturales, además de estar obligado a promover la conservación de la*

<sup>7</sup> Constitución Política del Perú del Año 1979, Capítulo II, Artículo 119

<sup>8</sup> Constitución Política del Perú del Año 1993, Capítulo I, Artículo 2, numeral 22.

*diversidad biológica y de las áreas naturales protegidas*”<sup>9</sup>. Este último aspecto muy vinculado al tema de mi investigación, siendo que la actividad minera ilegal, adquiere precisamente tal denominación con motivo, entre otras circunstancias, de ejercerla en tierras de comunidades nativas o campesinas protegidas.

Las referidas disposiciones constitucionales, resaltan de esta manera el contenido constitucional de conservación del medio ambiente en el Perú, ratificado además por los diversos tratados, convenios y otros instrumentos internacionales suscritos por nuestro país. Por ello, el derecho constitucional a un medio ambiente sano y equilibrado a que hace referencia el artículo 2° inciso 22° de nuestra Ley de Leyes, refleja no solo la conservación del medio ambiente, sino también el derecho de goce y disfrute no solo de una determinada zona, sino de aquel adecuado para el desenvolvimiento del ser humano y por tanto de la dignidad que revista tal condición. En contraste su disfrute se vería truncado, y aquel derecho constitucionalmente reconocía se encontraría vaciado de contenido. Siendo ello así, el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado constitucionalmente reconocido, está íntimamente relacionado a los derechos constitucionales de la vida y la salud de los seres humanos, toda vez que por medio de estos, las personas pueden desenvolverse y desarrollar sus vidas dignamente. Por otro lado, el derecho a un ambiente sano y equilibrado, se materializa además en el derecho a la preservación del medio ambiente, lo cual constituye una obligación imperativa por parte de los poderes del Estado, a fin de conservar los bienes ambientales en las condiciones correctas para el goce de estos. Asimismo, los agentes privados tienen a su vez la obligación de actuar de igual manera cuando sus actividades de carácter económica o no, influyan de alguna manera en el entorno y el medio ambiente. De esta manera en un Estado Constitucional de Derecho como lo es el Perú, no solamente debe procurarse la dignidad de las personas o cualquier otro derecho vinculado o reconocido por la sola condición de ser humanos, sino además de proteger a este de los eventuales daños en perjuicio del medio ambiente en que las personas se desarrollan, todo ello con el objetivo de preservar la vida y su desarrollo en condiciones ambientales adecuadas. En este sentido el derecho a un ambiente sano y equilibrado consagrado por nuestra Carta Magna, debe entenderse como un elemento sustancial y *sine qua nom* para el disfrute eficaz de otros derechos constitucionalmente protegidos por la Constitución,

<sup>9</sup> Constitución Política del Perú del Año 1993, Capítulo II, Artículo 67



Convenios, Tratados y otros instrumentos internacionales especialmente aquellos referidos a los derechos humanos, denotándose por tanto el carácter prestacional de este derecho-derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado-el cual impone sobre el Estado obligaciones orientadas a preservar dicho ambiente, lo cual en suma constituye el uso de distintas políticas de estado por parte del gobierno, como las políticas legislativas y reglamentarias.

Ahora bien, en palabras del Dr. Fernando Calle Hayen tenemos lo siguiente: “...Desde luego no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención de daños de ese ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de una vida digna. Dentro de las tareas de prestación que el Estado está llamado a desarrollar, tiene especial relevancia la tarea de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin. Así, la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que aquellos sucedan. De este modo, la protección del medio ambiente puede hacerse efectiva desde la previsión de medidas reactivas que hagan frente a los daños que ya se han producido, pasando por medidas que hagan frente a riesgos conocidos antes de que se produzcan (prevención), hasta medidas que prevean y eviten amenazas de daños desconocidos o inciertos (precaución)”.<sup>10</sup>

Al respecto debemos señalar en primer lugar, que la disposición constitucional respecto al derecho a un ambiente sano y equilibrado para la vida, distingue claramente una idea de conservación, manutención y reparación de este medio ambiente, lo cual constituye según el modelo norteamericano una Conservación *In and Post*, esto es que se trabaja solamente en la protección actual del medio ambiente, es decir en la situación actual del problema, y posteriormente de haberse producido, en las consecuencias que este genera o eventualmente podría generar, entiéndase conservación y reparación del daño. Empero ello, no debemos dejar de lado un aspecto importante en el cuidado del medio ambiente a fin de ejercitar legítimamente ese derecho a un ambiente equilibrado y adecuado para la vida, estoy hablando de la Prevención, uno de los pilares jurídicos en que se sustenta

---

<sup>10</sup> Dr. Fernando Calle Hayen-<http://derechopedia.pe/explore/derecho-constitucional/163-el-derecho-ambiental-y-el-tribunal-constitucional-del-per%C3%BA> 11-04.2016. Hrs: 15:00. p.m.



el presente trabajo de investigación, ante lo cual debemos hacernos la pregunta, ¿Resulta eficaz la sola protección y reparación del daño ante los nuevos conflictos socio ambientales que se avecinan?, la respuesta estoy seguro es un rotundo no, porque trabajar solo en las consecuencias si está claro que el problema medio ambiental en nuestro País va más allá, sobre todo ahora que la situación se ha agravado en sumo grado en los últimos años, estoy convencido que trabajar en las causas resulta mucho más eficaz y eficiente, aunque es cierto que requiere más esfuerzo no solo por parte del Estado, sino también de los particulares, es decir que las causas de los problemas medio ambientales que surgen en nuestro país, algunos de los cuales nos ocupa el día de hoy, como lo son la Contaminación del Medio Ambiente y la Minería Ilegal, pueden verse atendidos si el Estado dirige su arsenal político en dirección de un trabajo preventivo, ello a través de políticas legislativas y económicas destinadas no solo a la sanción de hechos punibles en un sector del País, como lo es el distrito judicial de Madre de Dios, sino también trabajando en la prevención emitiendo en su gran mayoría normas de carácter jurídico reglamentario destinadas a que las actividades económicas en nuestro País, realicen dichas actividades en el marco de la Responsabilidad Social y la Conservación del medio ambiente.

Por consiguiente, el Estado tiene la obligación además, de proteger el uso de nuestros recursos naturales con el objetivo de cautelar y mejorar las condiciones de vida de la sociedad, así como abogar y reparar los daños ocasionado en perjuicio del medio ambiente, toda vez que el denominado Desarrollo Sostenible, constituye también una serie de mecanismos, como el jurídico-legislativo que convierta en viable el desarrollo de las nuevas generaciones en concordancia con la conservación del medio ambiente.

Sobre ello, el Dr. Fernando Calle Hayen, señala lo siguiente: “... *por tanto, el Estado puede afectar el derecho a un medio ambiente equilibrado y adecuado si, como consecuencia de decisiones normativas o prácticas administrativas, por acción u omisión, en vez de fomentar la conservación del medio ambiente, contribuye a su*

*deterioro o reducción y, en lugar de auspiciar la prevención contra el daño ambiental, descuida y desatiende dicha obligación”.*<sup>11</sup>

En efecto, coincido con la opinión experta del Dr. Calle, al señalar que la desidia e indiferencia por parte del Estado en la no conservación del medio ambiente, constituiría un agravio de naturaleza ambiental, esta vez por parte del Estado, es decir que si el Estado en pleno ejercicio de su Ius Imperium, no regula y dispone medidas jurídico legislativas destinadas a la protección y conservación del medio ambiente, estará entonces contribuyendo con su deterioro y menoscabo y por tanto mellando este derecho constitucionalmente protegido, como lo es el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, toda vez que el Estado tiene la obligación de realizar todo lo contrario, esto es fomentar el cuidado y conservación del medio ambiente, así como la ya mencionada prevención.

Siendo ello así, el Estado se encuentra en la obligación de salvaguardar la protección y la adecuada conservación del ya mencionado derecho fundamental y constitucional a un ambiente sano y equilibrado, fomentando además que el crecimiento socio económico se de en consonancia con las medidas que adopte el Estado a fin de cautelar los recursos naturales de nuestro País, toda vez que la conservación del medio ambiente constituye elementos íntimamente vinculados con la utilización, la conservación y el aprovechamiento de dichos recursos naturales, la estabilidad en los ecosistemas, la conservación de la biología mega diversa que poseemos, así como la protección de las áreas ecológicas protegidas, y claro esta de la mejoría de las condiciones de vida de las personas y por tanto del ya reiterado desarrollo sostenible, del cual nos ocuparemos más adelante.

Ahora bien, llegado este punto, resulta conveniente traer a colación lo que nuestra basta doctrina y doctrina jurisprudencial ha establecido sobre los derechos fundamentales y sus limitaciones, al respecto una vez más recurrimos al Dr. Calle, el mismo que señala

---

<sup>11</sup> Dr. Fernando Calle Hayen-<http://derechopedia.pe/explore/derecho-constitucional/163-el-derecho-ambiental-y-el-tribunal-constitucional-del-per%C3%BA> 15-04.2016. Hrs: 09:10. a.m.

lo siguiente: “...se ha afirmado que no existen derechos fundamentales ilimitados, y que, por el contrario, tienen los límites que en relación a los derechos fundamentales establece la Constitución por sí misma en algunos derechos, mientras que en otros derechos el límite deriva de manera mediata o indirecta de tal norma, en cuanto ha de justificarse por la necesidad de proteger o preservar no solo otros derechos fundamentales, sino también otros bienes constitucionales protegidos”.<sup>12</sup>

Sobre el particular tengo a bien señalar en primer lugar, que los derechos fundamentales no son ni mucho menos absolutos, tal como lo ha referido en reiterada y uniforme jurisprudencia el intérprete constitucional por excelencia, nuestro Tribunal Constitucional, al señalar que no existen derechos absolutos, ni siquiera los fundamentales referidos a la persona humana-entre ellos el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado-, toda vez que estos se encuentran claramente delimitados por otros derechos de la misma naturaleza, entiéndase fundamentales, constitucional o no constitucionalmente reconocidos, es decir por aquellos derechos consagrados en nuestra Constitución y dotados de tal calidad, o por derechos que si bien pueden o no estar en la constitución si ostentan de contenido constitucional, no debemos olvidar en este campo, que nuestros derechos terminan donde comienza el de nuestro vecino, haciendo referencia la capacidad limitativa de los derechos fundamentales, no oponibles de forma absoluta en ningún caso.

Ahora bien, debemos tener en cuenta entonces que dichos derechos fundamentales constitucionales o no (derechos no enumerados en la Constitución) no son ni mucho menos absolutos, por lo que debemos entonces establecer si la cautela de los derechos a un ambiente sano y equilibrado, así como el derecho a la vida y a la salud, son o no límites legítimamente constituidos sobre los derechos de libertad contractual, derecho al trabajo y libertad comercial o a la empresa, como bien podría serlo la actividad minera como actividad productiva económica, que bien podría verse legítimamente limitada, por estos derechos constitucionalmente protegidos como lo son el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, a la vida y a la salud, toda vez que la realización de dichas actividades, entre otras, como por ejemplo el tráfico de vehículos, transporte

<sup>12</sup> Dr. Fernando Calle Hayen-<http://derechopedia.pe/explore/derecho-constitucional/163-el-derecho-ambiental-y-el-tribunal-constitucional-del-per%C3%BA> 15-04.2016. Hrs: 12:23. a.m.



interprovincial terrestre y el transporte público que implican en su mayoría emisión de gases tóxicos dañinos por parte de empresas, fábricas e industrias, o sociedades comerciales mineras formales o informales, que bien podrían deberse al incumplimiento de normas específicas y requisitos para que estas puedan llevarse a cabo lícitamente, como es el caso de la Minería Ilegal que hoy nos ocupa, entre otras materias de naturaleza jurídico ambiental.

Precisamente sobre la libertad empresarial, taxativamente prevista en el artículo 59 de nuestra Constitución Política del Estado, podemos definirla como la capacidad de decidir la organización y realizar el desarrollo de una unidad productiva de bienes y servicios a fin de satisfacer la demanda de la sociedad, por ello considero que la referida libertad empresarial (como la de realizar la actividad minera), debe ejercerse con arreglo a ley, toda vez que contiene una serie de limitaciones sustanciales relacionadas con la seguridad, la salud y por su puesto con la preservación del medio ambiente, en ese sentido el artículo 59 de nuestra Carta Magna establece lo siguiente: *“Rol Económico del Estado. El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades”*.<sup>13</sup> De lo cual se desprende que ejercer los derechos al trabajo y la libertad de empresa (actividades productivas como la minería), no debe ser contrario a la moralidad, ni a la salubridad, ni a la seguridad pública, y obviamente ni al medio ambiente.

Por otro lado, debemos cerrar este ítem con la denominada doble dimensión en la protección del medio ambiente, referida también en la obra del Dr. Calle, quien señala lo siguiente: *“La protección del medio ambiente tiene entonces una doble dimensión; por un lado, constituye un principio que irradia todo el orden jurídico puesto que es obligación del Estado proteger los recursos naturales de la Nación; y por otro, aparece*

---

<sup>13</sup> Constitución Política del Perú 1993, Artículo 59°

*como el derecho de todas las personas a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de su vida en condiciones dignas”<sup>14</sup>.*

Sobre el particular debemos señalar que del mandato constitucional de protección y conservación del medio ambiente, ratificado además en distintos instrumentos de carácter internacional como convenios y tratados, ostenta una doble dimensión derivada en primer lugar de la obligación gubernamental que irradia del Estado peruano, sobre el deber que este tiene de proteger y fomentar la conservación del medio ambiente, y más específicamente de los recursos naturales de la Nación, por lo que este debe movilizar todos los estamentos de su aparato jurisdiccional a fin de asegurar tal conservación así como de hacer uso de todas sus políticas de estado e instrumentos político-jurídicos, como la prevención y sanción de cualquier acto destinado a ocasionar perjuicio a dicho medio ambiente, cualquier omisión o desidia en esta labor debe ser considerado como desacato constitucional por parte del Estado sobre su propio mandato. De otro lado tenemos que el referido principio constitucional de conservación del medio ambiente, ostenta una dimensión tuitiva al considerarse antes que nada un derecho humano fundamental y constitucional que tiene toda persona a gozar de un ambiente sano y equilibrado donde pueda vivir y desenvolverse con total normalidad, debiendo brindársele los elementos necesarios a fin de desarrollar una vida plena y en condiciones adecuadas.

### **1.3.1. BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD AMBIENTAL**

Tal como ha referido en reiterada y uniforme jurisprudencia el máximo intérprete de nuestra Constitución -entiéndase Tribunal Constitucional-, el bloque de constitucionalidad es uno de los mecanismo e instrumentos más idóneos a fin de determinar el contenido esencial de los derechos constitucionales, resaltando por tanto su vital importancia. Tan es así que en nuestro sistema jurídico, el denominado bloque de constitucionalidad o parámetro de constitucionalidad tiene su precedente más cercano el artículo 22 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, a su vez insertado recientemente en el artículo 79 del Código Procesal Constitucional como un principio interpretativo, cuya letra dice lo siguiente: “... *para apreciar la validez constitucional*

<sup>14</sup> Dr. Fernando Calle Hayen-<http://derechopedia.pe/explore/derecho-constitucional/163-el-derecho-ambiental-y-el-tribunal-constitucional-del-per%C3%BA> 16-04.2016. Hrs: 11:10. a.m.

*de las normas, el Tribunal Constitucional considerará además de las normas constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional, se hayan dictado para determinar la competencia o las atribuciones de los órganos del Estado o el ejercicio de los derechos fundamentales de la persona”<sup>15</sup>.*

Así entonces, las vulneraciones de carácter inmediato a las leyes que conforman el bloque de constitucionalidad, serán las que determinen cuales son las vulneraciones mediatas al principio de jerarquía constitucional, tal como lo prescribe el Artículo 75 del nuestro Código Procesal Constitucional. Al respecto de los derechos constitucionales referidos a la protección de un medio ambiente sano y equilibrado, tenemos una serie de disposiciones, donde pese a que muchas de ellas no ostentan jerarquía constitucional, colaboran a un mejor desarrollo normativo e interpretativo.

Ahora bien, además de ello, también es fundamentales precisar que desde la denominada Convención de Johannesburgo, la Convención de Estocolmo, la Cumbre por la Tierra y la Convención Mundial de Asociaciones de Derecho Ambiental, un gran número de Gobiernos a nivel mundial, inclusive sin insertar la materia en su ordenamiento jurídico constitucional, vinieron desarrollando, a través de fuentes formales del derecho como lo son la doctrina y la jurisprudencia, así como normas ordinarias, la conservación de los recursos naturales, y sobre todo promoviendo una conciencia medioambiental entre sus ciudadanos. Es precisamente esa orientación la que todos, en opinión del graduando, debemos seguir, toda vez que ello implica el uso de las nuevas tecnologías para la preservación del medio ambiente, de los recursos naturales, lo que finalmente se traduce en la preservación de la vida, dedicándonos más que a la confección de las disposiciones, al uso de las mismas, determinando así una fuerte conciencia social sobre las necesidades y el cuidado del medio ambiente.

### **1.3.2. HACIA UNA CONSTITUCIÓN AMBIENTAL**

---

<sup>15</sup> Código Procesal Constitucional, Artículo 79°, 12-06-2016.



Llegado a este punto, y basados en la doctrina y jurisprudencia comparada (sobre todo la constitucional), se ha tenido a bien nombrar, a todas aquellas normativas y directrices de nuestra Constitución Política, sobre las interacciones entre la persona, la sociedad y su entorno (medio ambiente) como la “*Constitución Ambiental*”, concepto inicialmente adoptado por el Dr. Calle Hayen, y posteriormente tomado por el TC, tal como fluye de la Sentencia del Tribunal Constitucional signada con el N° 3610-2008-PA/TC específicamente en su fundamento N° 33, así entonces el artículo 66° de nuestra Carta Magna, prescribe que los recursos naturales sean renovables o no renovables, son patrimonio de toda la Nación, y que claramente el Estado es soberano en su aprovechamiento. De otro lado tenemos al artículo 67° de nuestra Carta Suprema, el mismo que establece que el Estado determina la política nacional sobre el medio ambiente y fomenta el uso sostenible de todos los recursos naturales. Del mismo modo el artículo 68° del mismo cuerpo normativo, señala que el Estado tiene la obligación de fomentar la conservación de la diversidad biológica así como de las áreas naturales protegidas, En ese mismo sentido el artículo 69° prescribe que El Estado fomenta el desarrollo sostenible. Dicho esto, tenemos que el máximo intérprete de nuestra Constitución Política, ha postulado en la ya referida Sentencia N° 3610-2008-AA la magnitud y relevancia de la denominada Constitución Ambiental, toda vez que el Tribunal Constitucional asume que la cautela del medio ambiente se encuentra recogida en nuestra Carta Magna, que no es sino un grupo de normas recogidas por nuestra Carta Suprema que determinan las interacciones entre la persona, la sociedad y su medio ambiente, materia que es sustancial en las temas que hoy nos ocupan, básicamente la impunidad generada como consecuencia de la no penalización del daño ambiental.

Como legislación comparada tenemos que la Corte Constitucional de Colombia, refleja una postura muy similar al precisar una función tripartita de una Constitución Ambiental. En primer lugar como una función que emana de todo un ordenamiento, toda vez que es función del Estado cautelar los recursos naturales de un país; así también lo muestra como un derecho que le asiste a todos los ciudadanos a disfrutar d un ambiente sano y equilibrado, derecho fundamental cuyo cumplimiento es susceptible de exigirse en los fueros jurisdiccionales, y finalmente como el ya mencionado grupo de deberes impuestos a los distintos estamentos gubernamentales y por supuesto a los privados, que en tal calidad también es exigible jurisdiccionalmente.

Es por ello que dichas premisas comparativas, emana una serie de políticas gubernamentales que debe realizar un Estado a fin de fomentar y preservar el medio ambiente ante cualquier amenaza constituido por actividades productivas económicas como bien podría serlo la Minería Ilegal, tema que hoy nos ocupa.

Las referidas directrices estatales debe estar orientadas a desarrollar íntegramente el entorno de las generaciones futuras, las mismas que ostenta el legítimo derecho a gozar de un ambiente sano y equilibrado, donde puedan desenvolverse con total normalidad y hacer valedera su existencia para alcanzar su bienestar. Asimismo la Ley General del Ambiente Ley N° 28611, pretende dilucidar los mandatos constitucionales anteriormente señalados, señalando en su artículo 9 que las directrices de alcance nacional en materia ambiental están destinadas a mejorar las condiciones de vida de las personas que conforman nuestra sociedad, asegurando la preservación del medio ambiente a mediano y largo plazo, así como al ya renombrado desarrollo sostenible, todo ello a través de la cautela y preservación del medio ambiente y todos sus elementos, así como del aprovechamiento sostenido de dichos recursos, de forma controlada y coherente, en consonancia con los derechos constitucionales del ser humano, entre ellos, el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado.

La mencionada disposición ambiental no hace más que reflejar la llamada Constitución Ambiental, por ello tenemos que los recursos naturales como elementos constituyentes del medio ambiente, constituyen recursos *In Totum*, al ser patrimonio de todos los peruanos, así como su aprovechamiento no debe ser nunca separado del interés público que reviste a la titularidad de este patrimonio, toda vez que constituye una generalidad legítimamente reconocida a toda la sociedad presente y venidera, por mandato constitucional. Seguidamente tenemos que aquellas ventajas y beneficios relacionados al uso de dichos recursos naturales deben abarcar a todos y cada uno de los ciudadanos de nuestra nación, por ello se prohíbe el uso exclusivo y excluyente. Otro aspecto que debe ser tomado en cuenta por su vital importancia, es el referido a los trabajos pro ambientales que se realiza en algunas regiones de nuestro país con los recursos naturales, recursos que muchas veces favorecen no solo a un grupo determinado de ciudadanos peruanos, o una sociedad local específica, sino que muchas veces a todo el planeta tierra, el ejemplo más claro lo encontramos en la Amazonía peruana, donde en

algunas regiones de la selva se está realizando la denominada *Captura de Carbono* que a largo plazo será beneficioso para todos los habitantes del globo.

Allí radica la vital trascendencia de que el Estado peruano debe asumir la cautela y conservación de los recursos naturales a través también-entre otros- de sus políticas de prevención, fiscalización y sanción en la explotación de dichos recursos, especialmente aquellas que se encuentran ubicadas en zonas de alta conservación natural. Precisamente a fin de proteger estos recursos, se suelen establecer zonas de cuidado denominados ecosistemas en cuarentena, que vienen a ser zonas de conservación e implantación especialmente protegidas, todo ello con el objetivo de que a largo plazo pueda evitarse el perjuicio o la reducción de las condiciones ambientales saludables en el país, que puede verse reflejado entre otras cosas, en el uso y aprovechamiento limitado del agua.

#### 1.4.INTERESES DIFUSOS

Al respecto debemos remitirnos en primer lugar a lo señalado por el Dr. Daniel Ronald Raá Ortiz, quien estipula lo siguiente: “...*Los cambios sociales en nuestro tiempo provoca en el ordenamiento procesal como regulador de las relaciones sociales, la creación de nuevas formas de tutela tanto para derechos personalísimos como para los que definiremos como intereses difusos*”<sup>16</sup>

Del mismo modo el Dr. Augusto Morello señala que: “...*la intensidad de los problemas y su significación en punto a preservar la calidad de vida, impone, a nuestro modo de ver ir avanzando en pro de nuevas manifestaciones que configuran verdaderos derechos subjetivos y ejes vitales para la realización personal del hombre en la aprisionante convivencia de nuestros días*”<sup>17</sup>

Es por ello que la defensa de cierto tipo de derechos respecto de los cuales no es posible identificar en calidad y en cantidad a sus titulares, es un tema demarcatorio de una

<sup>16</sup> Dr. Daniel Ronald Raá Ortiz, Algunos Aportes Adicionales respecto a la Protección Procesal de los Intereses Difusos en el Perú, Id Est Ius, Lima Perú 2006.

<sup>17</sup> Dr. Augusto Morello. Tutela Procesal de Derechos Personalísimos e Intereses Colectivos. La Plata, 1990, pág. 202.



nueva concepción del proceso, y empieza a resultar necesaria la creación de nuevas formas de protección jurisdiccional que haga efectiva la tutela de estos nuevos derechos.

Pero veamos, que entendemos por un interés difuso, en palabras del Dr. Lozano-Higuero y Pinto, tenemos que: *“...Interés difuso es el interés de un sujeto jurídico en cuanto compartido expandido o compartible expandible, por una universalidad, grupo, categoría, clase o género de los mismos, cuyo disfrute, ostentación y ejercicio son esencialmente homogéneos y fungibles, y que adolece de estabilidad y coherencia en su vinculación subjetiva así como de concreción normativa en sus tutelas material y procesal”*.<sup>18</sup>

Por otro lado Montero Aroca señala que: *“...Los intereses difusos se caracterizan porque corresponden a una serie de personas que están absolutamente indeterminadas, no existiendo entre ellas vínculo jurídico alguno, de modo que la afectación a todas ellas deriva solo de razones de hecho contingentes, como ser posibles consumidores de un mismo producto vivir en el mismo lugar, ser destinatarios de una campaña de publicidad, etc., el interés difuso supone que no es posible identificar a las personas físicas implicadas y que no existe un ente, sea o no persona jurídica, que pueda afirmar que agrupa a todas esas personas físicas”*.<sup>19</sup>

#### 1.4.1. PROTECCIÓN DE LOS INTERESES DIFUSOS

Sobre ello tenemos que el análisis de los intereses difusos en nuestro país, implica un tema relativamente nuevo en cuanto al contenido legislativo, doctrinario y jurisprudencial se refiere. Al respecto el artículo 82 del Código Procesal Civil, anteriormente señalaba lo siguiente:

***Art. 82: Patrocinio de Intereses Difusos***

<sup>18</sup> Dr. Lozano Higuero y Pinto Manuel. La Protección Procesal de los Intereses Difusos, Madrid 1991, p{ag 155.

<sup>19</sup> Dr. Montero Aroca Juan, la Legitimación en el Código Procesal Civil del Perú, Lima 1994, pág. 22-23.

*Interés Difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos del consumidor.*

Posteriormente a través del artículo 1 de la Ley N° 27752, publicada el 08 de junio de 2002, el referido dispositivo normativo fue modificado, quedando de la siguiente manera:

#### **Artículo 82.- Patrocinio de Intereses Difusos**

*Interés Difuso es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como el medio ambiente o el patrimonio cultural o histórico o del consumidor.*

Siendo ello así, en palabras del Dr. Daniel Raa Ortíz, tenemos lo siguiente: “...Asimismo se introdujeron modificaciones referidas a quienes se encontraban facultados para ejercer la defensa de estos intereses, sin embargo debemos señalar que la definición del interés difuso proporcionada por nuestro Código Procesal Civil no deja de ser insuficiente para entender en concreto cuando estaremos frente a un interés difuso, pues refiere que es aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, sin embargo no especifica a que tipo de personas se refiere, si éstas tienen o no un vínculo jurídico que los convoque es por ello que preferimos la definición de interés difuso, sobre que la única vinculación existente es el hecho de ser seres humanos, asimismo se limita las posibilidades de calificar como u interés difuso a cualquier que no sea el medio ambiente, el patrimonio cultural o histórico o los derechos del consumidor, pudiendo haber empleado una afirmación más contundente como lo hace la doctrina al sostener que un interés difuso recae sobre bienes de inestimable valor patrimonial es decir bienes de valoración cualitativa”<sup>20</sup>

<sup>20</sup> Dr. Daniel R. Raa Ortíz, Revista Id Est Ius, Intereses Difusos, Lima-Perú- 2006, pág 64.

Al respecto debo precisar, que no comparto la opinión del Dr. Raa Ortiz, quien considera muy limitada el campo de estudio y tratamiento de los intereses difusos descrito por nuestro Código Procesal Civil, el mismo que es aplicable también cuando se habla de los agraviados en un proceso penal, como el que nos ocupa en el presente trabajo de investigación-Contaminación Ambiental y Minería Ilegal- sin embargo considero que el referido dispositivo no debe interpretarse bajo un criterio de números clausus, cuando este refiere que estamos frente a derechos protegidos por intereses difusos tratándose de la defensa del medio ambiente, del patrimonio cultural o del derechos del consumidor, puesto que el referido dispositivo legal-en opinión del investigador- no hace sino dar ejemplos en los cuales resultan amparables lo derechos tratándose de intereses difusos, pero de ninguna manera hace una restricción precisando que solo en esos casos pueden invocarse estos derechos especiales de interés general. Por ello considero debe entenderse esta disposición desde un criterio *numerus apertus*, es decir de manera abierta, extendida y extendible, entendiendo que además de los ya mencionados derechos, existen muchos otros con contenido tuitivo de intereses difusos, pudiendo extenderse su radio de acción aunque la propia norma no lo haya considerado pertinente establecerlo. En todo caso, lo que si hace el legislado en primer término es establecer que tratándose de la defensa del medio ambiente, nos encontramos frente a derechos protegidos por los ya mencionados intereses difusos, tema que nos ocupa especialmente hoy.

Del mismo modo en el Nuevo Código Procesal tenemos:

### ***“El Agraviado***

#### ***Artículo 94, inc. 4***

#### ***Definición***

*Se considera agraviado a: (...)*



*4. Las asociaciones en los delitos que afectan **intereses colectivos o difusos**, cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas, o en los delitos incluidos como crímenes internacionales en los Tratados Internacionales aprobados y ratificados por el Perú, podrán ejercer los derechos y facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito, siempre que el objeto social de la misma se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad a la comisión del delito objeto del procedimiento.”*

Siendo ello así debemos concluir que la protección de los derechos referidos a intereses difusos, es una cuestión pragmática y concreta, y la tutela de estos debe estar sintetizado en primer término por una concientización del Gobierno, puesto que es este quien se encarga de cautelar los derechos de la población, en mérito al Ius Imperium que este le otorga, debiendo suplir las carencias legislativas que podemos apreciar sobre este tema, con el objetivo de proscribir los errores jurisdiccionales y la falta de justicia-sobre todo en materia ambiental-siendo que también se requiere la concientización de la ciudadanía, puesto que nosotros también desempeñamos un papel consustancial en cuanto al desarrollo de los intereses difusos se refiere.

Del mismo modo tenemos respecto a quien debe estar a cargo de cautelar procesalmente hablando los intereses difusos, ello debe establecerse en relación a la institución cuya representación legal se origina desde el punto de vista normativo, más no se trata de una legitimidad para obrar activa de naturaleza extraordinaria, como ya lo hemos precisado. Al margen de ello, tenemos que en todo momento debe impedirse que con motivo de la indeterminación del sujeto activo de la relación material-agraviados- se genere un estado de indefensión jurisdiccional, que finalmente se traducirá en impunidad por tratarse de intereses difusos, he aquí la labor del Ministerio Público quién como titular de la acción penal y defensor de la legalidad, debe tomar un papel protagónico de representación de la sociedad, y cautelar estos derechos difusos.

Por ello, el artículo 94 inciso 4. de nuestro Nuevo Código Procesal Penal, sobre intereses difusos, importa el instrumento idóneo de reconocimiento procesal, en cuanto a la tutela de los intereses difusos y colectivos se refiere, también llamados intereses Supraindividuales.



## 2. CAPITULO II. ANALISIS JURÍDICO DEL DERECHO PENAL AMBIENTAL

### 2.1.EL DERECHO PENAL AMBIENTAL

En primer término debemos señalar que en el Perú, a través de los años y de manera constante y permanente, se han producido atentados contra el medio ambiente y desgarros a la naturaleza a través de la explotación de recursos naturales, o la sola contaminación ambiental, por lo que está más que justificada la existencia de tipos penales que condenen aquellos actos punibles que generen algún tipo de perjuicio a nuestro entorno ecológico, por lo que el capítulo destinado a tipificar los delitos ambientales, está más que sustentado, así como la existencia de cada uno de los delitos taxativamente previstos en nuestro Código Penal. Siendo ello así nuestras autoridades legislativas han creído conveniente reconocer la relevancia jurídico penal a la problemática ambiental, y han determinado una importante evolución legislativa en esta manera, de tal modo que hoy en día, los delitos ambientales tienen un capítulo (título) en concreto, y ya no están consagrados como antaño dentro de otro tipo de delitos como son los patrimoniales, aunque nunca está de más recordar que el derecho penal en materia ambiental importa un mecanismo de ultima necesidad dentro los instrumentos jurisdiccionales que utiliza el Gobierno en esta materia.

Asimismo debemos tener en cuenta que para el ejercicio sancionatorio de un fallo condenatorio con motivo de un tipo penal, se requiere en primer lugar que se hayan agotado todos los mecanismos regulatorios y entorno a los cuales gira una controversia o conflicto de intereses en materia ambiental, ello no solo con ocasión del principio proteccionista de la persona ante el Ius Imperium del Estado, y toda su maquinaria legal coercitiva, sino además con un fin utilitario y eficaz, toda vez que el derecho penal-no solo en materia ambiental- actúa a través de la determinación de sanciones pero solo de forma *expo*, es decir con posterioridad de haberse generado el daño ambiental, que en la mayoría de veces, es definitivo e inalterable, en adición a esto se tiene que la reparación de los daños ambientales generados, es siempre insuficiente, pese a ello es cierto que sancionar conductas reprochables penalmente, que lesionen de forma directa o indirectamente nuestro entorno ecológico, tiene también una finalidad persuasiva,



generando muchas veces en los agentes infractores una desmotivación o miedo ante una pena privativa de libertad o una sanción pecuniaria elevada, lo cual finalmente generará en nuestra sociedad un sentimiento de responsabilidad sobre la gran problemática ambiental que se está viviendo en las últimas décadas no solo en el Perú, sino en todo el mundo, al ser este un problema universal.

Sin embargo, además de ser importante darle una visión positiva a la tipificación de delitos de naturaleza ambiental en nuestra basta legislación penal, también es preciso señalar que la eficacia de estos tipos penales, ha sido restringida en gran medida por la ausencia de una respuesta activa por parte de la población frente a los conflictos ambientales, ineficacia materializada en una pobre política gubernamental que haga frente de forma contundente a los conflictos medio ambientales que hace más de una década azota nuestro país, políticas que bien podrían coadyuvar en la ejecución pragmática de la ya existente legislación penal en materia ambiental, contenida por ejemplo en los delitos taxativamente previstos en nuestro Código Penal y otras cuerpos normativos conexos, y en su conjunto hacer un frente conjunto además necesario para afrontar fenómenos jurídicos penales como la criminalidad organizada, asimismo el Gobierno Peruano demuestra una ligera fragilidad estatal al dejar notar que no cuenta con los instrumentos técnicos y logísticos para poder tratar cabalmente-entiéndase-estudios e investigación previos a un proceso penal-un delito de esta naturaleza, es decir un delito con contenido ambiental, lo cual finalmente genera impunidad, toda vez que no se sancionara y en muchas casos ni siquiera se determinara a los responsables en la comisión de un hecho punible en materia ambiental, esto es de un injusto penal ambiental.

## **2.2.MINERÍA ILEGAL Y MINERÍA INFORMAL**

Sobre este tema en particular debemos señalar que es innegable afirmar que el Perú es un país eminentemente minero, bajo este concepto procederé a realizar un análisis jurídico penal de los tipos penales en cuestión que venimos analizando a lo largo de este trabajo de investigación para optar el título profesional de abogado, ello con ocasión del proceso de globalización y mundialización que hoy vivimos que sencillamente traen a la

posta grandes avances políticos sociales y sobre todo económicos, se trata entonces de una actividad productiva de las que más aportan al PBI de nuestra nación. Empero ello debido a las cualidades de dicha actividad, constituye también una de las que más produce repercusiones a todo estándar y nivel que en su mayoría son impactos negativos, empero hay que decir también que trae consecuencias positivas, como los ingresos que genera al Estado con motivo de los impuestos a pagar por dicha actividad; de otro lado sin embargo es una de las principales causas que ha generado una serie de conflictos socio ambientales en la última década en nuestro país.

Como todos sabemos, realizar esta actividad productiva de manera formal, se materializa en los mecanismos precautorios que ostenta nuestro Gobierno, aquellos específicos de manejo ambiental, los mismos que determinan las consecuencias ambientales que la referida actividad productiva puede ocasionar, estableciéndose cuales son los mecanismos precautorios para su mitigación, actuaciones que siempre están bajo la supervisión de la autoridad ambiental pertinente.

Del mismo modo podemos apreciar que el Decreto Legislativo N° 1100 establece que la Minería Ilegal constituye aquella actividad que es ejercida sin tener la debida autorización de autoridad competente, esto es la autorización de inicio o reinicio de operación minera, ello con antelación del informe especializado favorable que debe expedir el MINEM. Como es conocimiento de todos, la Minería Ilegal se ha desarrollado en el Perú con bastante reiteración y gran impacto en las regiones de Apurímac, Arequipa Ica, Piura, Puno, y más incidentemente en la Región Madre de Dios, distrito judicial cuyo análisis nos ocupa en el presente trabajo de investigación. Es Madre de Dios la región de mayor incidencia de minería ilegal, toda vez que no es solo la región que le ha supuesto más complicaciones al Estado, sino que además existe un remanente de gente que se encuentra integrada por más de 40.000 personas cuyo desarrollo de vida en esa zona, depende directa o indirectamente de los efectos generados por la realización de minería ilegal en dicha zona.

En ese sentido, tenemos a bien señalar que la tipificación del comportamiento de minería ilegal bajo dicho estamento, ha sido incorporada en nuestro Código sustantivo específicamente por el Decreto Legislativo N° 1102, dispositivo legal donde se normativiza por vez primera el término de minería ilegal, publicado además el 29 de febrero de 2012 entrando en vigor en los 15 días siguientes, tal como ya se ha desarrollado acápite más arriba. En ese contexto tenemos que el delito de minería ilegal importa un dispositivo base, como lo es el artículo 307-A del Código Penal, así también presente un dispositivo agravado, como lo es el artículo 307-B del Código Penal, un dispositivo que condena el financiamiento de la minería ilegal, como lo es el artículo 307-C del Código Penal, un dispositivo que condena la obstaculización de los actos administrativos de fiscalización como lo es el artículo 307-D del Código Penal, condena además del tráfico ilícito de insumos para favorecer la realización de la minería ilegal, y por supuesto, la condena de inhabilitación de los sujetos que perpetren este ilícito, como el impedimento de ser una vez más titulares de concesiones mineras como es el caso del artículo 307-F del Código Penal.

Siendo ello así, a efectos de un mejor análisis, y comprender de mejor forma la ratio decidendi de la inclusión del delito de minería ilegal entre los novísimos delitos de nuestro Código Penal, debemos entonces realizar una clara demarcación entre lo que se entiende por minería ilegal, y lo que se comprende por minería informal, ello toda vez que si bien ambas tienen algún punto en común respecto a su interrelación en la práctica, también es cierto que poseen ciertas características demarcatorias que han servido al Estado para poder tratar este conflicto de la mejor manera posible, diferenciando quién es quién en cada caso.

Al respecto debemos señalar que en razón a lo dispuesto por el Decreto Legislativo N° 1100 de fecha 19 de abril de 2012-como ya se ha referido con más detalle en otros acápite del presente trabajo investigativo- determina lo que administrativamente hablando debemos comprender por minería ilegal, al establecer en primer lugar que la titularidad de la concesión minera no autoriza a realizar las actividades extractivas, sino que se requiere la tramitación de una serie de autorizaciones y licencias complementarias y afines a este título, siendo ello así si realizo actividades mineras sin



contar con todas estas autorizaciones y permisos, entonces nos encontraremos frente al delito de minería ilegal.

Asimismo, posteriormente a la definición prevista en dicho dispositivo, se produjo una modificación en todo caso una sustitución de forma concretamente con el Decreto Legislativo N° 1105 de fecha 19 de abril del mismo año, respecto al delito de minería ilegal, señalando que este consiste en la actividad minera realizada tanto por una persona natural o jurídica o en todo caso por un conjunto de personas debidamente organizadas, utilizando maquinaria y equipo no correspondiente al estrato que les corresponde -entiéndase pequeño productor artesanal y otros- o incumpliendo los requisitos legales de índole administrativo y técnico, o si el o los sujetos realizan actividades en zonas de exclusión minera, en los cuales está prohibido su ejercicio.

Por otro lado, esta misma norma con rango de ley, prescribe que debemos entender por Minería Informal a aquella actividad productiva que se ejecuta sobre los mismos fundamentos fácticos y jurídicos de la minería ilegal, empero con una diferencia sustancial sobre donde se realiza dicha actividad, precisando que esta debe realizarse en zonas que no sean de exclusión minera, esto es donde este permitida la realización de esta actividad productiva, y asimismo el o los agentes en cuestión hayan comenzado ya con el proceso de formalización minera, esto es que estén en vías de formalización.

Siendo ello así, existe una clara distinción respecto a las definiciones establecidas en dichos decretos, y aquella que establece el Decreto Legislativo N° 1102 que realiza una definición que puede interpretarse desde una perspectiva jurídico penal de la minería ilegal, especificando que importa aquella actividad productiva no autorizada pero supeditada a la existencia de un daño o riesgo de daño en perjuicio del entorno ambiental o sus elementos integrantes (calidad y salud ambiental).

Dicho esto tenemos que la minería ilegal es realizada en la mayoría de ocasiones desde una vitrina empresarial, no solo con motivo de que es realizado casi siempre por un grupo o conjunto de personas, sino también porque se utiliza maquinaria y equipos a

veces altamente industrializados y otras no, pero que en su mayoría ocasionan graves daños al ambiente, todo ello sin mediar autorización ambiental competente para poder realizar dichas actividades. De otro lado tenemos a la minería informal, aquella que es ejercida sin contar con todas las autorizaciones requeridas para el ejercicio de esta actividad, además del título de concesión minera. Tanto la minería ilegal como la informal, se retroalimentan de alguna manera, porque generalmente la minería ilegal se basa en la minería informal para realizar sus actividades ilícitas, pero en *strictu sensu*, lo que se pretende a través del paquete legislativo emitido por el Estado, es la supresión de la minería ilegal, y la formalización de la minería informal, que dicho sea de paso es considerada como tal por haber ya iniciado con los trámites de su formalización, entiéndase las concesiones mineras en particular.

### 2.2.1. LA MINERÍA ILEGAL EN MADRE DE DIOS

Los delitos ambientales y en particular el delito de minería ilegal ocurren con mayor incidencia en la región Madre de Dios. Hasta agosto de 2014 se investigaron alrededor de 2500 casos de delitos ambientales. Tiempo después, hasta agosto de 2016, se investigaron alrededor de 4 mil casos por delitos ambientales. La Primera Fiscalía Ambiental de esa región investiga 3 mil 868 denuncias de ese tipo y debido a que no existe en Madre de Dios ningún juzgado Ambiental, han sido derivados 317 procesos con acusación fiscal al Juzgado Ambiental de la Corte Superior de Justicia de Cusco para que proceda al juzgamiento y la mayoría de ellos involucra a personas que se dedican a la extracción ilegal de oro. Así mismo, según el Informe Técnico del Ex Ministro del Ambiente Manuel Pulgar Vidal Otálora, denominado *Perdonando el delito y retrocediendo en el intento*, al mes de enero de 2017, existen 1980 procesos sobre minería ilegal a nivel nacional, empero solo se han dictado 180 sentencias en su mayoría absolutorias.

Resulta por demás irracional que no exista en la región Madre de Dios un juzgado especializado en delitos ambientales, siendo este la región donde se perpetran los delitos ambientales con mayor recurrencia. Surge por ello, la necesidad de crear en Madre de Dios Juzgados y Salas especializadas en materia ambiental, así como más fiscalías especializadas en delitos ambientales.

### 2.2.2. EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL EN EL PERU.

El 12.12.2011, a través del Proyecto de Ley N° 624/2011.PE., el poder ejecutivo solicitó al congreso de la República facultades para legislar en materia de minería informal. Este Proyecto de Ley se convirtió en la Ley N° 29815, publicada el 22.12.2011 en el diario oficial “El Peruano”, y otorgó facultades hasta por 120 días al ejecutivo para establecer la interdicción de la actividad minera y criminalizar la afectación al medio ambiente, el lavado de activos y la modificación de la legislación que regula la ley de pérdida de dominio para ampliar sus alcances a los delitos vinculados a la minería ilegal.

En efecto, el 18.02.2012 se promulga el Decreto Legislativo N° 1100, que declara ilegal la actividad minera en todo el país. Este Decreto Legislativo, en su parte medular, declara ilegal la actividad minera que se realiza sin contar con la autorización de inicio o reinicio de operación minera otorgada por la autoridad competente previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas. La declaración de ilegalidad implica, el inicio de las acciones de interdicción, es decir, la confiscación de bienes, maquinaria, equipos e insumos utilizados en la minería; sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles y penales a que hubiere lugar.

El ministerio Público, La Policía Nacional con el apoyo de las Fuerzas Armadas y la Dirección General de Capitanía y Guardabosques DICAPI; realizan el decomiso y/o destrucción de bienes, maquinaria, equipos e insumos prohibidos; los mismos que serán puestos a disposición de los Gobiernos Regionales.

Pero, la aplicación eficaz de esta norma ha requerido también, tipificar el delito de minería ilegal, para lo cual, el 28.02.2012, se ha promulgado el decreto legislativo N° 1102, el cual dispone la incorporación de los artículos 307°-A, 307°-B, 307°-C, 307°-D, 307°-E y 307°-F al Código Penal<sup>21</sup>

El art. 307-A, tipifica el delito de minería ilegal, precisando que: “Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa, el que realice actividad de exploración, extracción, explotación u

<sup>21</sup> Se promulgaron también los decretos legislativos N° 1104, 1106 y 1107, normas complementarias que modifican la Ley de pérdida de dominio y permiten la lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados con la minería ilegal y el crimen organizado.



otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental. Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas”.

Por otro lado, el Artículo 307°-B, establece el delito de minería ilegal en su forma agravada, explicitando que: *“La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos:*

- 1. En zonas no permitidas para el desarrollo de actividad minera.*
- 2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas.”*

(...)

En ese contexto, es en la región Madre de Dios donde se comete con mayor frecuencia el novísimo delito de minería ilegal. En efecto, mineros informales como personas naturales o jurídicas, ingresan a explotar minerales auríferos en tierras de comunidades nativas, vulnerando la legislación ambiental, contaminando con el vertimiento de relaves mineros toda la cuenca de los ríos Inambari y Puquiri de la región Madre de Dios, con sustancias tóxicas como el cianuro y el mercurio, causando graves daños a la flora, fauna y la salud en agravio de comunidades nativas. Pero además, se vulnera la ley minera que prohíbe la explotación minera en tierras de comunidades nativas, lo cual constituye una forma agravada del delito de minería ilegal, supuesto que consideramos discriminatorio y excluyente.

Los mineros informales, realizan actividades de explotación aurífera por ejemplo, en tierras de las comunidades nativas de Kotsimba y San José de Karene, con la utilización de excavadoras, cargadores frontales, volquetes y otros equipos; para luego procesarlos en su plantas de beneficio instaladas a orillas de los ríos Inambari y Puquiri, realizando el vertimiento de sustancias tóxicas como el mercurio directamente a las aguas de dichos ríos; ocasionando graves daños ambientales y patrimoniales en agravio de dichas comunidades nativas.

Lo anterior, no solo configura el delito de minería ilegal, sino constituye también, una clara vulneración a la Ley del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas originarios, reconocida en el convenio 169 de la OIT, promulgada en Bagua el 06.09.2011. El art. 1 de ésta ley establece que: “La presente Ley desarrolla el contenido, los principios y el procedimiento del derecho a la consulta previa a los pueblos indígenas u originarios *respecto a las medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente*. Se interpreta de conformidad con las obligaciones establecidas en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ratificado por el Estado peruano mediante la Resolución Legislativa 26253”<sup>22</sup>

Al respecto, el presidente de la comunidad nativa Puerto Luz, Federico Irisanehua, ha denunciado que “los mineros siguen depredando su comunidad, la Reserva Comunal Amarakaeri y su zona de amortiguamiento con maquinarias pesadas, amparados en el documento de compromiso expedido por el Director de la DREMH, ingeniero Ernesto Montañez, sin que la comunidad haya dado su autorización como titular del predio ya que no se les ha consultado ni firmado ningún documento para que terceros trabajen minería en nuestro territorio”.

Respecto a la superposición de derechos territoriales, el Art. 5° de D.S. N° 006-2012-EM, sobre los requisitos para la formalización minera, señala que “se acompañará a la solicitud de Declaración de Compromiso a que se hace referencia en el Anexo N° 1 del presente dispositivo, así como el documento que acredite que el solicitante es propietario o que está autorizado por el (los) propietario(s) del 100% de las acciones y derechos del predio para utilizar el (los) terreno(s) superficial(es) donde se realizará la actividad debidamente inscrito en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos SUNARP.

En base a este dispositivo legal vigente, la comunidad nativa Puerto Luz, como titular del predio, manifiesta categóricamente que no ha dado autorización a terceros para que inicien o reinicien actividad minera dentro de su territorio lo cual les permitiría iniciar sus trámites de formalización. Sin embargo, existen concesionarios que se amparan en el documento de compromiso otorgado por el Director de la DREMH de Madre de Dios

<sup>22</sup> Sobre este tema véase: Alaysa Moncloa, Alejandra: “No pero Si: Comunidades y Minería: Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado en el Perú” Oxfam-Cooperacion, Lima, 2007.

para invadir los territorios comunales; esta situación ha sorprendido a los comuneros, generado la indignación de la comunidad nativa Puerto Luz razón por la cual han solicitado a las autoridades pertinentes para que se procedan a realizar la fiscalización e interdicción correspondiente, sin que hasta la fecha la misma se realice por una serie de obstáculos administrativos que no toman en cuenta la voluntad de los nativos a contribuir a combatir la minería ilegal e impedir que se siga depredando sus territorios.

En suma, la explotación informal aurífera en la región de Madre de Dios ha traído devastadores efectos, con la amenaza de que estos se agudicen aún más. Los principales problemas que se generan, como ha advertido el Ministerio del Ambiente (MINAM), no es solo la degradación del ecosistema, sino también la superposición de lotes mineros con reservas naturales, otras propiedades y territorios indígenas y la contaminación a la cual se encuentra expuesta la población circundante a la zona de extracción de minerales. La respuesta del Estado ha sido la promulgación de un marco normativo que criminaliza la actividad minera en el Perú.<sup>23</sup>

### 2.3.POLÍTICAS ESTATALES SOBRE EL MEDIO AMBIENTE

Al respecto debemos remitirnos a la Sentencia del Tribunal Constitucional N° 0053-2001-AI/TC, la misma que refiere en gran parte de su contenido al ya mencionado artículo 67 de nuestra Carta Suprema, el mismo que prescribe el deber perentorio del Estado peruano de realizar las políticas ambientales necesarias, lo cual constituye en un todo a las actividades que el gobierno peruano se compromete a desarrollar y fomentar, con el objetivo fundamental de mantener un ambiente sano y equilibrado ante las distintas actividades productivas que realiza la sociedad, y que eventualmente podrían afectarlo de no tomarse las medidas regulativas, preventivas y sancionadoras necesarias.

Dichas directrices nacionales, referidas al grupo de acciones destinadas a la confrontación estatal en pro de la preservación del medio ambiente, deben posibilitar el crecimiento íntegro de todos los ciudadanos, sin importar la generación en la que se

<sup>23</sup> *Un análisis detallado de los recientes decretos legislativos de la interdicción y el nuevo marco legal generado para combatir a la minería informal en el país y otros temas de interés puede encontrarse en: Ipenza Peralta Cesar A.: "Manual para entender la Pequeña Minería y la Minería Artesanal y los Decretos Legislativos vinculados a la Minería Ilegal". SPDA, Lima, Junio, 2012.*



encuentren, toda vez que estos tienen el derecho fundamental de gozar de un ambiente sano y equilibrado para el normal desarrollo de su vida. La referida obligación gubernamental tiene vinculación con lo establecido por el artículo 2° inciso 22° de nuestra Carta Magna, la misma que estipula el derecho constitucional de todo ser humano a disfrutar de un entorno sano y equilibrado para el desarrollo de su existencia, debiendo fomentar las referidas políticas el aprovechamiento racional y sostenible de los recursos medio ambientales.

La referida utilización sostenida, importa la obligación de reestablecer las áreas que habiendo sido perjudicadas, fueron el resultado de actividades productivas donde el hombre ha destruido su entorno, esto es, los recursos naturales, con el fin de obtener algún beneficio económico. Por ello, el Gobierno tiene la obligación legal de fomentar y reconocer solamente el uso de herramientas e instrumentos que puedan garantizar de modo alguno el cuidado, la protección y el buen nivel de existencia de los elementos medio ambientales, proscribiendo toda utilización que tarde o temprano conlleve al deterioro o peor aún, extinción de dichos recursos. En ese sentido, el Gobierno peruano debe garantizar la preservación de la biodiversidad y las zonas ambientales protegidas.

Consiguientemente, de una adecuada sintaxis del inciso 22 del artículo 2, y del artículo 66, así como del artículo 67 de nuestra Carta Magna, podemos apreciar una abierta declaración del derecho fundamental a gozar de un ambiente sano y equilibrado para el desenvolvimiento de la vida, es la acreditación y reconocimiento de estos elementos medio ambientales, en especial aquellos no renovables, al ser patrimonio de todos los peruanos, deben estar sometidos a una utilización racional y sostenida, y que las ventajas comparativas obtenidas con dicha utilización deben estar orientados a satisfacer las necesidades de toda la sociedad, perteneciendo al Gobierno peruano la tarea de fomentar las políticas destinadas con tal propósito.

### **2.3.1. LEYES PENALES EN BLANCO**

Como es de conocimiento de todos, la gran mayoría de delitos ambientales contemplados por nuestro Código Penal, son más conocidos por ser leyes penales en blanco, lo cual implica que el supuesto fáctico de la norma se encuentra total o parcialmente desarrollada en otra norma de naturaleza extrapenal, generalmente de carácter administrativo, que tiene como fin permitir que el tipo penal se concrete en la realidad pragmática.

Por lo general, la sanción punitiva y la administrativa surgen con ocasión de un mismo precepto fáctico, sin embargo la gran diferencia se encuentra en la gravedad de las consecuencias que el hecho generador ocasiona en la realidad. Así entonces tenemos que los tipos penales de naturaleza ambiental, tienden a asumir el funcionalismo de los mecanismos de conservación ecológica, es entonces que la imputación de responsabilidad penal, se encuentra subsumida en la legislación ambiental, lo cual establece cuales son las restricciones que debe asumir la sociedad, cuyos miembros al realizar una actividad productiva, causen o puedan ocasionar perjuicio en el medio ambiente, restricciones que están constantemente relacionados a las cualidades del entorno, su nivel de destrucción ambiental, las necesidades humanas, el avance de la tecnología, entre otros.

En adición a esto, debemos tener en cuenta al constitucionalmente reconocido principio de jerarquía normativa, en consonancia con el principio de tipicidad, la cual consiste en el desarrollo abstracto que realiza el legislador sobre el comportamiento de una persona y que además es sancionable penalmente, lo cual para el tema específico de los delitos ambientales, este principio adquiere una calidad sustancial, toda vez que la descripción del comportamiento sancionable penalmente, no nace solamente con ocasión de la existencia de un tipo penal, sino que además surge con motivo de la legislación ambiental accesoria, y que se encuentra en gran medida diseminada en distintas normas generalmente de carácter administrativo, los cuales se requiere sean debidamente programados según su nivel jerárquico, haciendo clara referencia a la definición de norma desde una perspectiva material sustantiva, esto es, leyes de naturaleza universal que no son emitidas solo por el legislador correspondiente, sino además emanan del poder ejecutivo, a través por ejemplo de Decretos Supremos, normas administrativas

que deben estar constitucionalmente alineadas al respeto del principio de jerarquía normativa, por estar por debajo de las leyes sobre la materia expedidas por la autoridad legislativa.

## 2.4.DELITOS AMBIENTALES PROPIAMENTE DICHOS

### 2.4.1. DELITO DE CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE

#### ARTÍCULO 304

#### CONTAMINACIÓN DEL AMBIENTE

*“El que, infringiendo leyes, reglamentos o límites máximos permisibles, provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa.*

*Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.”*

Al respecto debemos señalar que a través de la evolución legislativa que ha tenido este acápite-sobre delitos ambientales- el de Contaminación Ambiental, es el que menos cambios ha sufrido, lo cual refleja la gran relevancia que reviste a esta institución jurídico penal, no solo en nuestra sociedad, sino también a nivel legislativo y jurisdiccional, esto es prevenir y reducir al máximo la contaminación de nuestro entorno ecológico.



Sobre el particular debemos señalar que en los primeros tiempos, era la madre tierra quien se regeneraba por sí sola, y podía restablecer el balance de sus elementos a tal punto de reestructurarlos, sin embargo debido al inminente desarrollo exponencial de la población, los grandes avances científicos, el desarrollo de la industria, lo mismos que han coadyuvado al incremento de vertederos de desperdicios y desechos tóxicos, y otros, entonces se ha producido un fenómeno negativo en el cual la madre tierra ya no es capaz de realizar dicha reestructuración por sí sola, lo cual ha puesto al ser humano en aprietos, otorgándole a éste la difícil tarea de manejar dicha contaminación que tanto perjudica a la salud del mundo, ello a través del uso de mecanismos al alcance de sus manos, por supuesto y como no podía ser de otra manera, comenzando por los elementos jurídicos necesarios.

#### **2.4.1.1. Alcances de la Conducta**

Al respecto debemos precisar en primer lugar que entendemos por Contaminación ambiental. Sobre ello tenemos que este consiste en el deterioro de uno o más factores o componentes del entorno ecológico, debido a la propagación de desechos tóxicos e industriales que son generados por el ser humano y que son perjudiciales para este entorno, implica además la disfuncionalidad negativa de los componentes sustanciales del medio ambiente que impide el bienestar y el normal desarrollo de la vida, debido en gran medida al uso incorrecto de los recursos por el ser humano. Así también debe entenderse como el procedimiento de envilecimiento generado por el proceder del hombre en perjuicio del balance ecológico <sup>24</sup>

Ahora bien, analicemos el tipo penal en cuestión:

*“(…) provoque o realice descargas, emisiones, emisiones de gases tóxicos, emisiones de ruido, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes en la atmósfera, el suelo, el subsuelo, las aguas terrestres, marítimas o subterráneas, que cause o pueda*

---

<sup>24</sup> <https://twenergy.com/a/que-es-la-contaminacion-ambiental-456> 12-08-2016, Hrs. 07:00 p.m.

*causar perjuicio, alteración o daño grave al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental (...)*".<sup>25</sup>

Claramente nos encontramos frente a un tipo penal de riesgo también llamado de peligro, toda vez que la realización del comportamiento descrito en la norma, ligeramente atenta contra el bien jurídico tutelado-y estudiado párrafos arriba-. Por otro lado tenemos que se trata de un tipo penal de sola conducta, porque en realidad lo que se sanciona es el proceder del agente imputado, aún cuando el resultado final jamás se materialice en la realidad.

### **Del Verbo Rector**

Sobre ello, si bien la disposición penal en cuestión hace referencia a una serie de comportamientos, tales como provocar, emitir, verter, realizar y otros, también es cierto que con todo ello no hace más que referirse a la y nombrada acción de Contaminar, que englobaría todos aquellos actos que en el fondo no hacen más que materializar dicha acción. Así entonces tenemos como objeto de estudio nuevamente a la contaminación, al ser el verbo rector preponderante en el tipo penal que investigamos, claro esta dejamos constancia que nos referimos a aquella contaminación ecológica que es ocasionada por el ser humano, más aquella producida por la propia naturaleza, puesto que esta no es objeto de estudio en la presente investigación. Siendo ello así veamos qué tipos de contaminación pueden presentarse y por las cuales debemos entender formas de contaminación:

#### **- Contaminación Atmosférica**

Consiste en la modificación o mutación que se produce al aire, con motivo de la existencia de sustancias nocivas o por otros factores externos como el ruido.

<sup>25</sup> Artículo 304 Código Penal Peruano, 1991.

### - **Contaminación del Agua**

Consiste en la mutación o modificación del agua, generada por el derrame de sustancias nocivas, pero además materia sólida que impida la utilización del agua para el consumo de las personas, o para regadíos, o sencillamente para abastecimiento de otras especies, cabe aclarar que este tipo de contaminación perjudica tanto aguas marítimas como las que no lo son.

### - **Contaminación del Suelo**

Consiste en el daño que se ocasiona en la superficie terrestre, debido esencialmente a los desperdicios que se colocan en esta. Esta forma de contaminación no solo se produce por los desperdicios sólidos vertidos en la tierra, sino también es ocasionado por la energía negativa que puede desprenderse de otros factores, como por ejemplo la energía nuclear o las grandes radiaciones.

### **Consecuencia Penal**

Quien realice el hecho concomitante descrito en el artículo materia de análisis-art. 304 Código Penal- será sancionado con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de seis años y con cien a seiscientos días-multa, ahora bien si el condenado actuó con el elemento subjetivo de la culpa, entonces la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.

### **Del Objeto Material**



Tal como podemos apreciar de una interpretación general del tipo, son muchos los objetos bajo los cuales se sustenta el comportamiento típico, y que al mismo tiempo integran el medio ambiente, y son por ejemplo:

### **La Atmósfera**

La atmósfera, constituye una capa de gas que rodea la tierra, con una latitud aproximada superior a los 1000 kilómetros. Está compuesta de una serie de gases, entre los más resaltantes tenemos al nitrógeno y al oxígeno que hacen un total del 91% del peso de esta.

### **El Suelo**

Es la capa compuesta de distintos elementos más grande en la superficie de la tierra, compuesta sustancialmente por elementos minerales y de naturaleza orgánica. Es además el sustento más relevante para la supervivencia y existencia de la vida animal en nuestro planeta, y es por tanto un recurso indispensable para la existencia de la vida.

### **El Subsuelo**

Es el elemento presurizado que se encuentra arriba de las rocas base.

### **El Agua**

Es el elemento que más reside en nuestro planeta, conforma las 4/5 partes de la superficie de la tierra, y además compone a la hidrósfera. El agua viene a ser el elemento más esencial para la existencia orgánica en nuestro planeta, importa además entre el 70% y el 85% de la masa de organismos vivos.

### **Del Tipo Penal en Blanco**

Tal como podemos apreciar del tipo penal en cuestión, se trata claramente de lo que en el argot del derecho conocemos como Ley Penal en Blanco. En principio por que para que este comportamiento sea taxativamente tipificado, se necesita que el accionar del

imputado, se realice transgrediendo a la legislación vigente, esto es, que se incumpla la normatividad sobre la materia. En ese sentido tenemos que se trata de una norma penal en blanco, toda vez que no puede interpretarse este artículo, sin determinar primero cual es la legislación complementaria que regula específicamente esta actividad. Al respecto tenemos:

#### **2.4.1.2. Circunstancias Agravantes**

La pena privativa de libertad será no menor de cuatro años ni mayor de siete años y con trescientos a mil días-multa si el agente incurre en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. Falsea u oculta información sobre el hecho contaminante, la cantidad o calidad de las descargas, emisiones, filtraciones, vertimientos o radiaciones contaminantes referidos en el artículo 304, a la autoridad competente o a la institución autorizada para realizar labores de fiscalización o auditoría ambiental.
2. Obstaculiza o impide la actividad fiscalizadora de auditoría ordenada por la autoridad administrativa competente.
3. Actúa clandestinamente en el ejercicio de su actividad.

Si por efecto de la actividad contaminante se producen lesiones graves o muerte, la pena será:

1. Privativa de libertad no menor de cinco años ni mayor de ocho años y con seiscientos a mil días-multa, en caso de lesiones graves.
2. Privativa de libertad no menor de seis años ni mayor de diez años y con setecientos cincuenta a tres mil quinientos días-multa, en caso de muerte.

#### **2.4.2. DELITO DE MINERÍA ILEGAL**

##### *Artículo 307-A*

*“El que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa.*

*La misma pena será aplicada al que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otro acto similar de recursos minerales metálicos y no metálicos que se encuentre fuera del proceso de formalización, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente y sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.*

*Si el agente actuó por culpa, la pena será privativa de libertad, no mayor de tres o con prestación de servicios comunitarios de cuarenta a ochenta jornadas.”*

El referido ilícito penal, pretende proscribir el daño que pueda ocasionarse en nuestro entorno ecológico con motivo de un actividad productiva llamada minería, la misma que es practicada con la finalidad de extraer recursos no renovables de la tierra, los mismos que son conceptualizados de la siguiente manera: los elementos cuyo volumen físico no se acrecienta con el devenir del tiempo en forma trascendental, sino todo lo contrario, con su utilización se reduce el número de estos elementos. Ahora bien, es importante precisar que los delitos en cuestión requieren transgresión normativa y autoritativa, toda vez que como en todo ordenamiento jurídico, existe una autoridad competente que se encarga de precisamente, autorizar la realización de dicha actividad, tal es el caso del INGEMENT, o del propio Ministerio de Energía, Minas e Hidrocarburos, y cuya fiscalización está a cargo del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), y las Entidades de Fiscalización Ambiental (EFA) a cargo de los Gobiernos Regionales en el caso de la pequeña minería y minería artesanal.

#### **2.4.2.1. Alcances sobre la Conducta**

##### **Comportamiento**



A diferencia de lo que establecía la legislación anterior, esta vez el legislador ha creído conveniente precisar las conductas específicas a realizar para que se configure dicho delito, señalando a aquel que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente, que cause o pueda causar perjuicio, alteración o daño al ambiente o sus componentes, la calidad ambiental o la salud ambiental.

### **Naturaleza del Tipo**

Claramente nos encontramos una vez más ante un tipo penal de riesgo, toda vez la perpetración del hecho punible exige en primer término poner en peligro al bien jurídico tutelado, más no obligatoriamente perjudica su preservación, aunque claro esta podría producirse tal suceso, máxime si se trata de recursos no renovables. Sobre el comportamiento tenemos que se trata de un delito de mera realización puesto que se sanción el comportamiento sin tener en cuenta-en primer término- las consecuencias que se hayan generado.

### **Verbo Rector**

Sobre las conductas reprimibles en el delito en cuestión, tenemos a bien precisar que son las siguientes: exploración, extracción, explotación u otros actos similares. Sobre ello tenemos que se trata de las fases que contempla nuestra legislación sobre la minería, como la exploración que viene a consistir en la búsqueda de cantidades determinadas de mineral a través de trabajos perpetrados con el fin de determinar el monto y los alcances de dicho mineral en una zona en particular.

La explotación en cambio consiste en un grupo de actividades con la finalidad de extraer o captar los recursos mineros ya sea del suelo o del subsuelo de la zona en la cual se encuentran trabajando, así como su clausura y posterior destierre. La extracción propiamente dicha consiste en la captación de los recursos minerales.

Cabe señalar que para que se configure el tipo penal, no es necesario que concurran los tres comportamientos simultáneamente, esto es, exploración, explotación y extracción, al contrario, basta que se realice una de las acciones antes descritas, para que se configure el delito, ello en razón que nos encontramos frente a un verbo rector de naturaleza alternativa. En adición a esto tenemos que el tipo penal objeto de análisis es de carácter *números apertus*, puesto que su verbo rector inclusive admite otros actos no contemplados en este, denominándolo y *otros similares*, dando lugar a la posibilidad de que pueda perpetrarse estos delitos por medio de otro proceder, eso sí, de similar naturaleza.

### **Consecuencia Penal**

Aquel que realice el comportamiento descrito en el tipo penal en cuestión, se le sancionará con una pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa, y si el imputado realizó la acción de forma culposa, entonces la pena será privativa de libertad no mayor de tres años o con prestación de servicios comunitarios

### **Elemento Material**

En el presente caso el elemento material está conformado por los recursos naturales mineros, constituido sustancialmente por los minerales de cualquier índole, naturaleza o lugar de procedente, sea del suelo o del subsuelo, independientemente del estado en que se encuentre.

### **Del Tipo Objetivo**

Para que el comportamiento descrito en el tipo se configure se necesita que el proceder del imputado sea perpetrado transgrediendo la legislación vigente, o en todo caso sin la autorización de la autoridad competente, tal como lo refiere el propio tipo penal.

Ahora bien, la referida autorización que es potestad estatal-puesto que forma parte de su *Ius Imperium* el otorgar concesiones a los particulares, se realiza a través de una serie de contratos y procedimientos sujetos a un cronograma entre los particulares y el Estado, lo que hoy en día denominamos Proceso de Formalización Minera Integral, y que recientemente ha sido flexibilizado por el Gobierno del actual Presidente Pedro Pablo Kuczynski; ante el fracaso del anterior proceso de formalización.

### Bien Jurídico Tutelado

De la misma manera como sucede con los demás bienes jurídicos referidos al medio ambiente, en este caso también nos encontramos frente a un bien jurídico de carácter supraindividual, toda vez que su titularidad no se le atribuye a un solo individuo, sino que a la sociedad en su conjunto-referido al derecho penal económico- siendo ello así existen una serie de complicaciones referidas al interés a proteger respecto al entorno ecológico. Ello deriva de la condición *sine qua nom* que ostenta el medio ambiente dentro de nuestro mundo y sobre todo respecto a la naturaleza, toda vez que sin ella la existencia humana sería inocua, y más bien ni siquiera podríamos hablar del desarrollo de la especie humana, porque la naturaleza preponderante de este bien jurídico tutelado, es sin duda, uno de los, sino el más importante que existe en nuestro bagaje jurídico penal de los intereses a proteger.

Así entonces, realizando un análisis comparativo respecto a otro tipo penal de símil naturaleza, como lo es el delito de Contaminación Ambiental taxativamente previsto en el artículo 304 del Código Penal, encontramos que el delito de minería ilegal también ostenta como bien jurídico protegido el equilibrio ecológico. Por ello tenemos a bien señalar lo establecido por el Dr. Bramont Arias, quien prescribe lo siguiente:<sup>26</sup> “(...) *en el delito de contaminación ambiental lo que se protege es el medio ambiente natural, concretado en la protección de las propiedades del suelo, flora, fauna y recursos naturales que permiten el mantenimiento de nuestro sistema de vida (...)*”. En ese sentido tenemos que el bien jurídico tutelado, entonces, es el medio ambiente que importa tanto a la atmósfera natural donde se desarrolla el ser humano, como al hábitat

<sup>26</sup> BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis Alberto y GARCIA CANTIZANO, María Del Carmen. Manual de Derecho Penal-Parte Especial. 4ta. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998, pág. 585.



de otras especies que necesitan de un ambiente sano y equilibrado que les permitan desenvolver su normal existencia en total armonía con ella.

Por otro lado, Peña Cabrera prescribe lo siguiente:<sup>27</sup> *“(...) el bien jurídico tutelado es el ambiente merecedor de tutela penal, toda vez que se trata de un bien jurídico de naturaleza especial cuya protección resulta crucial para la propia existencia de los seres vivos, que en estos tiempos está siendo seriamente amenazado”*. El Dr. Caro Coria también señala sobre el particular:<sup>28</sup> *“(...) La fundamentación de que la estabilidad del ecosistema es el bien jurídico penal colectivo y autónomo tutelado mediante los delitos ambientales, no es pacífica porque implica superar problemas de interpretación y posibles inconsecuencias político criminales observados en el Derecho positivo”*.

Al margen de ello, la propia norma- Ley General del Ambiente- prescribe específicamente en su artículo 2.3 que debe entenderse para los efectos de la presente ley que toda mención hecha al ambiente o a sus componentes, comprende a los elementos físicos, químicos y biológicos de origen natural o antropogénico que en forma individual o asociada, conforman el medio en el que se desarrolla la vida, siendo los factores que aseguran la salud individual y colectiva de las personas y la conservación de los recursos naturales, la diversidad biológica y el patrimonio cultural asociado a ellos, entre otros.

### **Tipicidad Subjetiva**

<sup>27</sup> PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Los Delitos contra el Medio Ambiente. Editorial Rodhas SAC. Primera edición. 2010, pág. 119-120.

<sup>28</sup> CARO CORIA, Dino Carlos. Derecho Penal del Ambiente. Delitos y técnicas de tipificación. Gráfica horizonte. 1999, pág. 372.

Tal como todos sabemos, nuestro ordenamiento jurídico penal prohíbe expresamente cualquier tipo de responsabilidad objetiva, y que más bien precisa que nuestro sistema se rige por un cuadro jurídico de responsabilidad subjetiva, ello resumido por el renombrado principio *Versare In Re Illicita*. Siendo ello así, para que se pueda subsumir el tipo penal de minería ilegal en la conducta ilícita del o los imputados, se requiere además de los elementos objetivos, también de los elementos subjetivos, que en el presente caso se materializa sustancialmente con el dolo, aunque también podría admitirse la figura del dolo eventual o la culpa.

Claro está que el dolo directo requiere de la plena voluntariedad del imputado, orientada esencialmente a perpetrar el comportamiento típico, en cambio, en el dolo eventual se detenta una voluntad del imputado que importa solo la aceptación de una causalidad del resultado delictuoso, consecuente a un comportamiento que si es deseado plenamente. En adición a esto tenemos que de una interpretación literal del tipo pena, puede apreciarse que eventualmente podría admitirse a la culpa como elemento subjetivo de este delito, pero ¿será eso posible?

Los delitos culposos son aquellos en los que el sujeto activo quebranta su deber de cuidado o diligencia, de esto habla nuestro Código sustantivo al referirse en términos jurídicos a la imprudencia, negligencia impericia o inobservancia de normas o reglamentos, o sencillamente de deberes. Por ello es complicado pensar que el delito de minería ilegal pueda acometerse mediando la culpa, toda vez que al momento de realizar cualquiera de las conductas especificadas en el tipo penal, como la explotación o extracción, siempre lo hará con plena conciencia de su comportamiento realizado en contravención de la ley, al no poseer en primer término de ningún tipo de autorización respectiva.

Sobre el particular debo señalar que si bien estoy a favor de la inclusión de este tipo penal en la parte especial de nuestro ordenamiento jurídico penal- tal como puede apreciarse del contenido de mi trabajo investigativo- también considero que constituye

un desatino por parte del legislador incluir a la culpa como elemento subjetivo en la comisión de este delito, puesto que resulta ilógico pensar que pueda perpetrarse este delito bajo dicho supuesto, denotándose inclusive una evidente contradicción en cuanto a la naturaleza jurídica de este delito. Lejos de ayudar a contrarrestar y erradicar este delito, la concepción de culpa como elemento subjetivo por parte del legislador, no hace sino buscar un escaparate legal para aquellos que habiendo cometido este delito dolosamente, buscan salir bien librados ante un eventual proceso penal, alegando precisamente haber actuado por culpa, evadiendo ilegalmente su responsabilidad y participación en la ilícita actividad minera; todo ello con el fin de acceder a medidas de coerción mucho más benignas y menos graves, que a largo plazo no hará más que generar la reiteración delictiva que se traducirá finalmente en impunidad.

#### **2.4.2.2. Circunstancias Agravantes**

##### **Artículo 307-B.- Formas agravadas**

La pena será no menor de ocho años ni mayor de diez años y con trescientos a mil días-multa, cuando el delito previsto en el anterior artículo se comete en cualquiera de los siguientes supuestos:

1. En zonas no permitidas para el desarrollo de actividad minera.
2. En áreas naturales protegidas, o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas.
3. Utilizando dragas, artefactos u otros instrumentos similares.
4. Si el agente emplea instrumentos u objetos capaces de poner en peligro la vida, la salud o el patrimonio de las personas.
5. Si se afecta sistemas de irrigación o aguas destinados al consumo humano.
6. Si el agente se aprovecha de su condición de funcionario o servidor público.
7. Si el agente emplea para la comisión del delito a menores de edad u otra persona inimputable."



#### **2.4.2.3. Delitos Relacionados a la Minería Ilegal**

Como todos sabemos, el delito de minería ilegal, importa una figura jurídico legal que integra una serie de repercusiones, por un lado elude los mecanismos de control sobre los recursos naturales que utiliza, tal como sucede con la no presentación de la autorización ambiental, al mismo tiempo tampoco genera ganancias tributarias a favor del estado o específicamente a las localidades de su territorio, al no pagar impuestos. Casi siempre la realización de estas operaciones ilegales se desenvuelven mayoritariamente en zonas de gran cuidado y protección ambiental, como reservas comunales, parques nacionales u otros de igual naturaleza, lo que además contribuye a un evidente desorden territorial; lo cual podría generar-como ya ha generado en algunos países de Latinoamérica como Colombia- la aparición de grupos armados que pudiesen verse financiados por el delito de Minería Ilegal. Por otro lado tenemos a la informalidad laboral que ello genera, siendo que no existe ningún régimen de trabajo de por medio, lo cual genera también un desmedro en las arcas del Estado; así también ello genera inseguridad e insalubridad en el trabajo, ello aunado a que una gran mayoría de trabajadores dedicados a la minería ilegal, son menores de edad y madres solteras, denotándose así no solo una evasión de los deberes a los cuales están obligados aquellas personas que realizan esta actividad frente al Estado, sino también se denota un claro incumplimiento de las normas que finalmente se traduce en la vulneración de los derechos de la sociedad en general.

En suma, podemos concluir que la minería ilegal/informal se desarrolla en medio de una informalidad generalizada, es decir, no cumple con las leyes tributarias, laborales y ambientales; y está vinculado a otros delitos de gran afectación al interés público como: Corrupción de Funcionarios, Evasión Tributaria, Contrabando, Lavado de Activos, Trata de Personas, y otros más. Dicho esto tenemos que el delito de minería ilegal, no se limita solamente al daño ambiental y social que este ocasiona sino que su radio de acción se produce de tal manera, que genera una ramificación delictiva donde más de dos delitos son protagonistas provocando una gran lesividad social.

#### **2.4.2.4. Denuncia Penal por el delito de Minería Ilegal**

Ahora bien, respecto a la denuncia penal por este delito en particular-minería ilegal-, aquí tenemos un claro ejemplo de cómo debe proceder la sociedad o en concreto cualquier persona, para que se pueda sancionar debidamente a estos agentes agresores, o que por lo menos el aparato jurisdiccional pueda realizar debidamente su labor, veamos:

#### **MODELO DE DENUNCIA PENAL POR EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL**



***Sumilla:** Formulan denuncia penal por delitos ambientales, minería ilegal en zona de amortiguamiento, solicitan se desarrollen acciones de interdicción*

#### **SEÑOR FISCAL DE LA FISCALÍA ESPECIALIZADA DE DELITOS AMBIENTALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE MADRE DE DIOS**

***REYNEL ALFONSO RIVAS CORRALES**, identificado con DNI N° 41588346 en mi condición de Titular de la Concesión con fines de forestación y reforestación en el departamento de Madre de Dios, contrato N° 17-TAM/C-FYR-A097-06 con una superficie de 106.32, y William Céspedes Huamanía identificado con DNI N° 41979642, en mi condición de titular de la concesión con fines de forestación y reforestación en el departamento de Madre de Dios, contrato N° 17-TAM/C-FYR-A-104-04 con una superficie de 106.31 hectáreas, ambas concesiones ubicadas en el sector de Santa Rita Alta, altura del Km. 137 Distrito de Inambari, Provincia de Tambopata Región de Madre de Dios-Zona de Amortiguamiento, ambos integrantes de la Asociación de Reforestadores de Santa Rita Alta, y para fines de notificación con domicilio procesal en el pasaje Primavera F-19-FONAVI-Tambopata, con todo respeto a usted nos presentamos con la finalidad de decir:*

#### **I. PETITORIO**

*Interponemos DENUNCIA PENAL por la posible comisión de los siguientes delitos:*

*DELITO DE MINERÍA ILEGAL “Artículo 307-A.-Código Penal vigente.*

*DELITO DE CONTAMINACIÓN: Contaminación del Ambiente tipificado en el art. 30, en sus formas agravadas, artículo 305 inc. 3, actúa clandestinamente en el ejercicio de su actividad” Código Penal Vigente.*

*La posible comisión de los delitos denunciados es atribuida contra todos los que resulten responsables que se encuentren realizando labores ilegales e informales de extracción ilegal de oro dentro y fuera de las concesiones de forestación y/o reforestación ubicadas en el sector de Santa Rita Alta, altura del Km. 137 Distrito de Inambari, Provincia de Tambopata Región de Madre de Dios, Zona de Amortiguamiento.*

## **II. FUNDAMENTOS DE HECHO:**

**Primero:** *Los recurrentes son vecinos colindantes y ambos titulares de las Concesiones con fines de forestación y reforestación en el departamento de Madre de Dios, ambos cuenta con POA al día, realizan sus actividades de acuerdo a su contrato y que firmaron con el Estado.*

**Segundo:** *Hace 20 días que un grupo de mineros ilegales ingresaron a parte de nuestras concesiones a realizar labores extractivas ilegales de material aurífero, éstos realizaron desboque, roce hicieron una trocha e instalaron motores para la extracción ilegal de oro sin contar con los requisitos que establece la legislación para tal actividad, estos hechos señor fiscal constituyen delitos ambientales.*

**Tercero:** *Que, siendo las áreas-Concesión de Forestación y/o reforestación-con una vocación de uso distinta a la agraria el roce efectuado constituye u delito contra los bosques o formaciones boscosas en su modo agravado además de efectuar un cambio de uso no autorizado en parte del mismo por parte de los denunciados. Asimismo, producto del roce bajo efectuado, las emanaciones y gases tóxicos producto de esta intervención ilícita alteran la salud y bienestar de los integrantes de la Asociación de Reforestadores de Santa Rita Alta.*



**Cuarto:** *A la fecha existe ruido de motores, cantidad de personas que entran y salen, vehículos motorizados, emisión de gases y desechos tóxicos, desmonte en todas partes emisión de lama y otros desechos que vienen vertiéndose de manera directa e irresponsable dentro de sectores d nuestras concesiones, lo que está haciendo imposible el trabajar en ella, existe contaminación de la quebrada-Río Huanganal-, pues ahora el agua es turbia todos estos factores contribuyen para que exista contaminación ambiental, además se debe entender que el bien jurídico constituye el medio ambiente como atmósfera natural y hábitat del ser humano y otros seres vivos que requieren estar desprovistos de cualquier sustancia o elemento que pueda alterar el estado normal de las cosas, así lo indica nuestra Carta Magna.*

**Quinto:** *El OSINFOR-Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre-Madre de Dios, realizó una inspección el día sábado de la semana pasada, su informe también debe corroborar lo que indicamos en la denuncia, ahí se identificó las coordenadas donde se viene haciendo minería ilegal dentro de nuestras concesiones de reforestación.*

**Sexto:** *De todos estos hechos notamos que existe alteración del ambiente natural, modificación dela flora y alteración de la fauna tala ilegal de árboles roce de bosques, quema, desbosque y construcción de trochas y campamentos improvisados con la única finalidad de la extracción ilegal del material aurífero, hechos que deben ser investigados por su despacho fiscal.*

**Séptimo:** *Según nuestra Legislación Nacional la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, establece que el Estado a través de todas sus instituciones tiene el deber de intervenir de manera inmediata cuando haya peligro grave contra el medio ambiente, el Art. VII del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente establece como: Del Principio Precautorio cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente, por ello su despacho debe actuar y coordinar acciones inmediatas para impedir la degradación del ambiente con la agravante de estar dentro de una concesión de forestación y reforestación y dentro de la Zona de Amortiguamiento de la Reserva Nacional de Tambopata, en tal sentido solicito que su despacho realice las coordinaciones necesarias para programar*

*una diligencia de interdicción en dichas áreas, de acuerdo al Decreto Legislativo N° 1100, sin perjuicio de iniciar una investigación fiscal y formalizar la denuncia penal por su despacho. Como titulares de Concesión, conocemos nuestros derechos y obligaciones, es por ello que entre mis obligaciones está el poner en conocimiento de las autoridades pertinentes cuando existe amenaza de terceros que impidan hacer uso de nuestros derechos que tenemos con el Estado peruano, es por ello que nos apersonamos a su despacho y realizamos la denuncia penal esperando que su despacho realice la interdicción y formalice la denuncia penal.*

**Octavo:** *En el Perú, los intereses públicos requieren de un sistema de defensa idóneo para que se cumplan los objetivos del marco normativo ambiental, y penal por lo que solicito que su despacho intervenga y coordine acciones de interdicción, se desaloje y formalice denuncia penal contra los responsables mineros ilegales, se incaute la maquinaria con la que operan de manera ilegal en el interior de nuestras concesiones de forestación y reforestación.*

### **III. FUNDAMENTOS DE DERECHO:**

- Constitución Política del Estado Cap. X Art. 159 inc. 1, 4, 5 atribuciones del Ministerio Público.
- Código Penal Vigente, artículos 304, 305 inc. 3, 307-A, Art. 310-C en el supuesto N° 1, Art. 313 Código Penal Vigente.
- Decreto Legislativo N° 1100

**PRIMER OTROSÍ DIGO:** *Solicito señor Fiscal, la realización de las siguientes diligencias urgentes e inaplazables que determinarán las responsabilidades penales que estamos señalando:*

1. *La inmediata paralización de las actividades que perpetrar la comisión de delitos ambientales y las acciones de interdicción previstas en el D.L. 1100.*
2. *Diligencia de inspección en el lugar de los hechos.*
3. *Identificación de las personas que incurren en la comisión de delitos ambientales, e incluirlos en la investigación preliminar.*
4. *Se tome la declaración a todos los que resulten responsables.*

**SEGUNDO OTROSÍ DIGO:** *Que al aperturarse la investigación preliminar y disponerse las diligencias preliminares, solicito que la declaración de los denunciados ante su despacho sea bajo estricto apercibimiento de conducción compulsiva por la Policía Nacional conforme a lo previsto en el artículo 66 del Nuevo Código Procesal Penal.*

## **VI. MEDIOS PROBATORIOS**

*Acompaño a la presente denuncia los siguientes medios probatorios:*

- *Fotografías que dan cuenta del desbosque de árboles, así como la contaminación de la quebrada Río Huanganal contaminado con mercurio, y las labores de minería ilegal dentro de las concesiones de forestación y/o reforestación descritas.*

## **ANEXOS**

*1-A.- Copia simple del DNI de los recurrentes*

*1-B.- Copia simple del Contrato de Concesión con fines de forestación y/o reforestación N° 17-TAM/C-FYR-A-097-06 de Reynel Rivas Corrales y el contrato N° 17-TAM/C-FYR-A-104-04 17-TAM/C-FYR-A-026-04 de William Céspedes Huamaní*

*1-C.- Croquis de ubicación de ambas concesiones.*

*1-D.- Fotografías que dan cuenta del desbosque de árboles, así como la contaminación de la quebrada río Huanganal contaminado con mercurio, y las labores de minería ilegal en ambas Concesiones de Forestación y/o Reforestación.*

## **POR LO EXPUESTO:**

*Solicito se sirva admitir a trámite la presente denuncia aperturando la INVESTIGACIÓN PRELIMINAR, y disponer las acciones de interdicción y oportunamente formalice la INVESTIGACIÓN PREPARATORIA.*

*Puerto Maldonado, 18 de setiembre de 2015.*



## 2.5. EL SUJETO ACTIVO COMO PERSONA NATURAL O PERSONA JURÍDICA

Como todos sabemos, el sujeto activo de todo delito importa un elemento sustancial al momento de determinar la tipicidad objetiva de un hecho punible, toda vez que el comportamiento que realiza el actor, tiene que generar consecuencias jurídicas en el mundo real, por ello es imprescindible que el sujeto activo actúe en contra del ordenamiento jurídico.

Para ello, y a efectos de un mejor análisis debemos remitirnos a lo señalado por el Dr. Fernando Velásquez sobre el sujeto activo, quien señala lo siguiente: “(...) *deberá entenderse por sujeto activo de un delito a aquel ser humano que realice un comportamiento taxativamente previsto por ley...*”<sup>29</sup>

Así entonces en un primer momento tenemos que el sujeto activo de los delitos ambientales, antes mal denominados ecológicos, digo mal puesto que la ecología no puede ser ni mucho menos bien jurídico tutelable, el sujeto activo en estos casos, es indeterminable, siendo ello así no se requiere que este tenga algún tipo de cualidad especial para que pueda realizar el comportamiento prescrito por la norma penal, por ello todos los tipos ambientales a que se refiere nuestro Código Penal, utilizan al referirse al sujeto activo, el término *el que*, por lo que cualquier sujeto podría realizar dichos delitos.

Dicho esto, debemos pasar a analizar una de las cuestiones más debatidas por nuestra doctrina en los últimos años en torno a estos delitos de naturaleza ambiental, que forman parte del derecho penal económico, al intervenir el Estado como órgano regulador y sancionador, así también la jurisprudencia nacional e internacional ha desarrollado mucho sobre el tema, me refiero a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y más específicamente la responsabilidad penal ambiental de las personas jurídicas. Al respecto tenemos que se ha señalado en reiteradas oportunidades, que una

---

<sup>29</sup> Dr. Fernando Velásquez Velásquez, Manual de Derecho Penal, Ed. Temario 2003.p. 165.

persona jurídica importa en gran medida, una herramienta fundamental en la comisión de un hecho criminal, empero, la acción propiamente dicha hablando en términos jurídico penales, exige el actuar voluntario que no ostenta una persona jurídica, y que más bien es propio-el proceder voluntario- de una persona natural, por ello las acciones que realice una persona jurídica será el efecto del proceder de sus participantes en general, entiéndase gerentes, representantes, la asamblea general, el directorio u otros que realicen labor administrativa, lo cuales si pueden manifestar su propia voluntad.

Así mismo, debemos señalar que si bien es cierto el comportamiento o la actuación de la persona también se produce en otras ramas del derecho, esto se genera con ocasión de una ficción del derecho que en realidad no es factible en el Derecho Penal, en el que solamente es responsable quien realiza una acción en calidad de socio u órgano representativo debidamente facultado en una persona jurídica, y está claro que es una persona natural quien comete un hecho punible susceptible de sanción penal. En el caso del representante de una persona jurídica, este tiene responsabilidad penal, aun cuando los elementos constitutivos sustentatorios del ilícito penal no converjan en él, pero que las consecuencias jurídico penales si recaigan sobre la persona jurídica.

Al respecto tenemos al artículo 27 de nuestro Código Sustantivo que señala lo siguiente: *“Actuación en nombre de otro. El que actúa como órgano de representación autorizado de una persona jurídica o como socio representante autorizado de una sociedad y realiza el tipo legal de un delito es responsable como autor, aunque los elementos especiales que fundamentan la penalidad de este tipo no concurran en él, pero sí en la representada”*<sup>30</sup>. Este acápite a que hace referencia nuestro Código Penal vigente, es aquel referido al principio *“Societas Delinquere Non Potest”*, referido básicamente a que las personas jurídicas están inhabilitadas para cometer un hecho punible, pero veamos:

### 2.5.1. La Persona Jurídica y los Delitos ambientales

---

<sup>30</sup> Código Penal Peruano 1991, Artículo 27

En esta época de globalización y mundialización en la que hoy vivimos, los estándares económicos de nuestra sociedad va adquiriendo con el pasar del tiempo mucho más organización e incrementa sus límites todavía más a través de las denominadas personas jurídicas, que no son otra cosa que las empresas legalmente constituidas que tienen influencia directa en la vía económica de un país hasta convertirse inclusive en personas jurídicas transnacionales puesto que actualmente las empresas de distintas naciones se sientan a conversar sobre su futuro económico-entiéndase sus representantes<sup>31</sup>. Ello ha generado en el mundo jurídico penal un dilema normativo en cuanto a la responsabilidad penal de una persona jurídica, en el contexto de las consecuencias que genere su proceder en la comisión de un eventual hecho punible. Al respecto debemos remitirnos al ya mencionado principio “*Societas Delinquere Non Potest*” que no es sino la incapacidad de una persona jurídica de perpetrar hechos delictivos, debido a que su comportamiento no importa una acción en términos estrictos del derecho penal, o porque sencillamente no son sujetos susceptibles de imputación de acción penal. Por tanto se ha generado la controversia de si las personas pueden ser o no responsables penalmente por la comisión de un hecho punible, empero hoy en día, este debate adquiere mayor trascendencia con ocasión del incremento en la criminalidad organizada dentro de las naciones altamente o no industrializadas, donde las personas jurídicas juegan un papel preponderante en el tráfico jurídico patrimonial, ya sea porque como en la mayoría de los casos poseen vicios de origen, al haberse creado con el único fin de perpetrar hechos delictivos, o que habiendo sido creados con fines lícitos en el camino sirven para poder enclaustrar y “maquillar” la consumación de conductas criminales.

Al respecto considero oportuno en primer lugar, establecer que entendemos por la definición de una persona jurídica ello con el propósito de realizar un mejor análisis jurídico normativo. Al respecto tenemos que el Dr. Carlos Fernández Sessarego prescribe que<sup>32</sup> debe entenderse a la persona jurídica desde dos ámbitos fundamentalmente, desde una perspectiva formal, como un centro único e idóneo de imputación de derechos y obligaciones a través de una sociedad de personas con una idea de referencia plural con contenido general, y desde una perspectiva normativa,

---

<sup>31</sup> Adán Nieto Martín, Responsabilidad de las Personas Jurídicas, Modelo Legislativo. Iustel, Madrid 2008, pág. 16.

<sup>32</sup> Carlos Fernández Sessarego, Derecho de personas, Exposición de Motivos del Código Civil Peruano, Lima 2001, Pág. 183, 184.



consiste básicamente en un punto de imputación con motivo de normas contenidas dentro de un determinado ordenamiento jurídico. Ahora bien, existen dos posturas respecto a la naturaleza jurídica de una persona jurídica, tal como lo señala el Dr. Juan Espinoza Espinoza<sup>33</sup>, al referir entre otras cosas, que en el Siglo XIX Savigny estableció que la persona jurídica constituía una ficción del derecho habiéndosele revestido por tanto de un don artificial, tal contraste a lo que nosotros entendemos como persona natural, generó en Savigny la duda razonable a que tal ficción solo era válida en el mundo jurídico legal, más no en un contexto real material. En oposición a esta idea apareció la postura de Gierke con su famosísimo principio organicista a través del cual prescribía que la persona jurídica no era sino una forma de organización social, denotando la idea inicial de que éstas están constituidas por personas, refrendando lo establecido por el Dr. Espinoza.

Siendo ello así, y teniendo en cuenta que en el contexto jurídico penal se ha preestablecido desde sus inicios la idea de la imposibilidad de imputársele responsabilidad penal a una persona jurídica, debemos por tanto proceder a establecer en la presente investigación, si es menester de la comunidad jurídica reconocer una idea contraria a la mencionada, y consecuentemente si deberían establecerse normas de imputación penal referentes a las personas jurídicas, o en todo caso establecer si las normas ya existentes sobre responsabilidad penal de la persona como ente humano, le son aplicables también a la persona jurídica.

Al respecto tenemos a bien realizar un análisis de la evolución jurídico legal que tuvo lugar a esta problemática, para ello debemos remitirnos a lo establecido por la Dra. Silvina Bacigalupo,<sup>34</sup> quien se refirió acerca de la evolución histórica y legislativa de la responsabilidad penal que podría recaer sobre una persona jurídica, planteándose el mismo problema que nosotros, es decir aquel referido al principio “*Societas Delinquere Non Potest*”, quien desde su vision-opinión que compartimos-, constituye el inicio de esta responsabilidad en el derecho tradicional, en el cual se contemplaba la responsabilidad ciertos estratos sociales o grupos de personas, lo finalmente se

---

<sup>33</sup> Juan Espinoza Espinoza, Derecho de Personas, Tercera Edición, Lima 2001, Pág. 413, 414

<sup>34</sup> Silvina Bacigalupo, Ob. Cit. Pág. 41, 48.

traduciría en aquellas personas reconocidas como titulares de un derecho, lo que en el Derecho de Personas se le conoce como “Universitas”, dicho esto, a pesar que el Digesto y el Derecho Clásico Romano no reconocieron de forma taxativa la responsabilidad penal de las personas jurídicas, si se hace referencia a una suerte de posibilidad delictiva por parte de ciertos grupos o corporaciones.

A fines del siglo XIX y a inicios del siglo XX se establece a las instituciones de los glosadores, como parte de la idea inicial de la responsabilidad de personas jurídicas, haciendo alusión a que resultaba factible que una corporación-entendida como grupo de personas- pueda perpetrar un hecho delictivo, o en todo caso por la Universitas como lo habían adelantado anteriormente los tratadistas romanos, ello cuando el comportamiento penalmente sancionable obedecía a una decisión concurrente de los miembros de dicha corporación. Así entonces, los canonistas y los posteriores glosadores convinieron en la idea que la antiguamente denominada Universitas, constituía en sí una persona, ficticia, pero persona al fin, por lo que podría perpetrar hechos delictuosos, siendo ello así, si bien al principio se estableció que estos grupos de personas eran susceptibles de imputación penal, luego se estableció que también podía atribuírseles tal responsabilidad en calidad de coautores e inclusive de instigadores.

Años más tarde, si bien se habían logrado grandes avances legislativos en la materia, el debate sobre la posibilidad de atribuírsele a la persona jurídica responsabilidad en materia penal, quedó completamente cerrado al surgir el pensamiento único sobre que la responsabilidad penal era solo de naturaleza individual.

En el Perú, nuestro ordenamiento jurídico se basa sin lugar a dudas en el principio ya referido, *Societas Delinquere Non Potest*, ello debido a que la punibilidad que sustenta nuestro derecho penal denota de manera clara y concreta una forma de responsabilidad más individual, es decir, la responsabilidad personal del imputado, lo que hace que cualquiera de las conductas que realice una persona jurídica en cualquiera de sus modalidades, no pueda ser interpretado como una conducta penalmente reprochable

según el artículo 11 de nuestro Código Sustantivo<sup>35</sup>, siendo ello posible solo respecto al comportamiento que manifiestan los representantes y demás miembros que actúen en nombre de la persona jurídica, o que simplemente por el ostentar de su cargo posean calidad de representantes del mismo, pueda realizar acciones penalmente imputables y/o posteriormente sancionables en niveles punitivo-criminales, por lo que toda esta controversia sobre la posibilidad de que una persona jurídica sea sujeto activo de un delito, en este caso de naturaleza ambiental, es factible también en nuestro país, puesto que nuestro ordenamiento jurídico también impide, como en otros ordenamientos, tal aseveración.

Anteriormente, sobre las referencias inmediatas de nuestro Código Penal, tenemos que ni el Código Penal de 1863, ni el del año 1924, hacían pensar si quiera en la posibilidad de incluir a las personas jurídicas como sujetos activos de un delito, toda vez que en ambos cuerpos normativos solo se contemplaba a la persona natural como sujeto imputable de hechos delictivos. Empero ello, tal como hace referencia el Dr. Hurtado Pozo, en el Código Penal de 1924, se hace una pequeña alusión al hecho de que una persona jurídica pudiese estar vinculada a la perpetración de un hecho delictivo, el conocido caso del delito de Quiebra Fraudulenta.

Posteriormente, nuestro actual Código Penal, promulgado el 03 de abril del año 1991, mediante Decreto Legislativo N° 635, tampoco considera la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin embargo sí reconoce de forma inédita las instituciones jurídicas llamas “Consecuencias Accesorias”, taxativamente previstas en el artículo 105 de nuestro Código Penal, las mismas que realizando un análisis comparativo vendrían a ser sanciones de carácter penal o en todo caso medidas de seguridad, acercándonos cada vez más hacia un derecho donde se contemple algún tipo de responsabilidad para las personas jurídicas<sup>36</sup>, como sujetos activos en la perpetración de hechos delictivos, circunstancia corroborada por gran parte de la doctrina, como es el caso del Dr. Luis Miguel Reyna Alfaro.

<sup>35</sup> Código Penal Peruano de 1991, Artículo 11: “Son delitos y faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”.

<sup>36</sup> Dr. Luis Miguel Reyna Alfaro, Panorama Actual de la Responsabilidad Penal de las Empresas, Revista Peruana de Derecho Penal de la Empresa, Pág. 82, 83.



Respecto al ya mencionado artículo 105 de nuestro Código Sustantivo en materia penal, tenemos a una serie de instrumentos jurídico penales en contra de la persona jurídica, tales como el cierre de locales o establecimiento, la suspensión de sus actividades, también esta la disolución de las personas jurídicas-como consecuencia grave-, y otros. Al respecto el Dr. García Caveró señala que<sup>37</sup> debido a la ambigüedad de la naturaleza jurídica que estos mecanismos complementarios presentan, estos no dotan del razonamiento jurídico penal suficiente al Colegiado, para que este pueda establecer en qué circunstancias puede aplicarse estos instrumentos, por lo que se ha generado-aunque no intencionalmente-el desuso de estos instrumentos.

Ahora bien, entre las otras figuras jurídico legales que merecen la pena nos ocupemos, y relacionadas con las personas jurídicas como sujetos susceptibles de atribuírseles responsabilidad penal, tenemos al precepto llamado, “Actuar en lugar de otro”, taxativamente previsto por el artículo 27 de nuestro Código Penal vigente, aquel que ya mencionamos párrafos más arriba, pero que merece la pena recalcar, sobre ello tenemos que consiste en una figura a través de la cual se pretende hacer responsable a una persona por la perpetración de un hecho delictivo de naturaleza especial. Un gran sector de la doctrina, ha refrendado la idea de que tal responsabilidad finalmente será asumida por el o los representantes legales<sup>38</sup>, toda vez que la persona jurídica no cumpliría con las cualidades necesarias requeridas por nuestro ordenamiento jurídico penal para que se le pueda atribuir responsabilidad penal por la comisión de un hecho delictivo, toda vez que atribuírsele tal responsabilidad estaría colisionando directamente con el Principio de Legalidad. En definitiva nos encontramos en un caso en el cual toda la responsabilidad recae sobre los representantes legales de una persona jurídica, a las cuales, en consonancia del también conocido principio Societas Delinquere Non Potest, no se les puede condenar penalmente. Por ello, es necesario establecer cuáles son los requisitos para que estas personas en calidad de representantes, respondan penalmente en vez de las personas jurídicas.

---

<sup>37</sup> Dr. Percy García Caveró, Las Medidas Aplicables a las Personas Jurídicas en el Proceso penal Peruano, Artículo publicado en la Revista de Derecho de la Universidad de Piura, Año 2006, Dirección Web [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_81.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_81.pdf).

<sup>38</sup> Dr. Percy García Caveró. Ob. Cit.

Para ello, debe existir en primer lugar, un manifiesto vínculo de representación, esto implica que el individuo que no ostente la cualidad de autor directo, debe ostentar la cualidad de órgano representativo debidamente facultado por la persona jurídica. Dicha posición ha sido muy cuestionada en los últimos años, puesto que de alguna manera permite que aquellos que ostenta una administración o representación de hecho de una empresa no sean susceptibles de sanción penal. Empero ello, se ha establecido que él o las personas que ostenten la condición de representantes de hecho o administradores fácticos, por carecer de nombramiento formal, haciendo referencia a que este debe tener el dominio de riesgo que implica la consecución del hecho delictuoso en cuestión.

En segundo lugar, esta persona debe proceder en su condición de órgano representativo o en su defecto como representante participante, y que además estos realicen comportamientos como tales. Seguidamente como tercera condición tenemos a la consecución de la figura jurídico penal, es decir que el delito debe poder ser susceptible de atribuírsele con todos los elementos objetivos y subjetivos del tipo, al representante de una persona jurídica. Dicho esto, podemos señalar que las recién analizadas consecuencias accesorias, tienen como sustento jurídico legal al riesgo de peligrosidad de una grupo organizado de personas, como lo son las personas jurídicas coloquialmente llamadas “empresas”, ello entendiéndose la idea de que la imposición de consecuencias accesorias, no se basa en el proceder de la empresa, sino en un contexto de riesgo y peligrosidad futura en la comisión de delitos de naturaleza especial.

### **2.5.2. Consecuencias Accesorias sobre la Persona Jurídica**

Tal como señalamos primigeniamente, en la actualidad, el Derecho Penal peruano se rige bajo el reconocido principio de Societas Delinquere non potest, la misma que se encuentra referida sustancialmente al principio de responsabilidad de las personas jurídicas. AL respecto tenemos que una persona jurídica no puede ser sujeto activo de un hecho delictivo al carecer de un elemento subjetivo muy importante como es la voluntariedad, que en suma puede implicar al dolo o la culpa según corresponde; así entonces si bien es cierto las personas jurídicas no son susceptibles de sanción penal,

aquello no implica que no sean susceptibles de aplicárseles consecuencias jurídicas accesorias y además tradicionales, tales como las establecidas en el art. 105 del Código Penal.

Considero además que el Decreto Legislativo N° 1102, de la misma manera que estableció al novísimo ilícito penal de minería ilegal, al mismo tiempo debió establecer las modificaciones pertinentes del art. 105° del Código Penal, e incluir un acápite referida a las sanciones que deban aplicarse a las personas jurídicas, entiéndase todo tipo de empresas que se dediquen a esta actividad productiva, y cuyos representantes perpetren el delito de minería ilegal, en calidad claro está de terceros civilmente responsables, toda vez que en reiteradas oportunidades, son estas personas jurídicas las que promueven y financian estas actividades ilícitas en favor de personas naturales que realizan directamente esta actividad, todo ello siempre a cambio de contraprestaciones que pueden traducirse en pagos dinerarios o más generalmente a cambio de parte del mineral extraído, cuota que también es conocida en la región de Madre de Dios como “*Lavadas Mineras*”, Para ello se negocian y se firman varios negocios y acuerdos, llegando incluso al extremo de entregarse Guías de Remisión de distintas concesiones a fin de que si eventualmente son sorprendidos por la Policía Nacional del Perú, al momento de transportar el mineral o en todo caso equipos destinados a la perpetración de tal hecho delictivo, entonces puedan justificar tales traslados, conviviendo al margen de la ley y conjuntamente a la ilegalidad.

Procedimentalmente hablando, y en consonancia a lo establecido por el art. 90 de nuestro Código adjetivo Penal, las Personas Jurídicas, siempre que puedan aplicárseles las medidas contempladas por los arts. 104 y 105 del Código penal, entonces deberán necesariamente ser incorporadas al proceso penal, a pedido del Ministerio Público. Del mismo modo, continuando con lo dispuesto por el art. 91 del mismo dispositivo legal, la solicitud de incorporación podrá hacerse una vez se haya notificado la disposición fiscal de formalización la investigación preparatoria al Juez precisamente de investigación preparatoria, el plazo para tal solicitud de incorporación transcurrirá hasta antes de concluirse esta etapa del proceso penal.



Siendo ello así, la persona jurídica que es incorporada al proceso, respecto a la protección y garantía de sus derechos, tenemos que esta ostenta los mismos derechos y garantías procesales que nuestro Código Penal Adjetivo contempla para el imputado, claro está, en lo que le sea aplicable.

De otro lado, a continuación del establecimiento del ilícito penal de minería ilegal, el Poder Ejecutivo con fecha 20 de abril del 2012 emitió el Decreto Legislativo N° 1107, a través del cual se pretende interpretar que el delito de minería ilegal no involucra solamente las actuaciones a que se refiere el art. 307-A y subsiguientes, sino que además se presentan varias circunstancias vinculadas elementos externos que favorecen a la perpetración del ilícito penal, por lo que determinaron medidas administrativas respecto al transporte, traslado, distribución y comercialización de maquinaria y equipos mayormente utilizados en la comisión del delito de minería ilegal, y al mismo tiempo de los minerales obtenidos por la referida actividad, estableciéndose lo siguiente:

- a) Se determinó que para efectos del traslado y transporte de maquinaria, equipos y productos mineros, será realizado por las denominadas Rutas Fiscales.
- b) La Superintendencia Nacional de Administración Tributaria realizará la incautación de la maquinaria, equipos y productos mineros que importa material de contrabando, así también los medios de traslado usados para su transporte.

### **2.5.3. Jurisprudencia sobre la Responsabilidad Penal de la Persona Jurídica**

El Acuerdo Plenario 7-2009/CJ-116 fue formulado con fecha 13 de noviembre del año 2009, fue llevado a cabo con el propósito de solucionar la controversia suscitada con ocasión del artículo 105 de nuestro Código Sustantivo, es decir la aplicabilidad de las consecuencias accesorias a empresas en sentido amplio, toda vez que en la casuística jurisdiccional estas no vienen siendo utilizadas como se quisiera, ello en gran medida por que han existido-desde siempre- conflictos presupuestales en nuestra legislación que no han abordado de forma responsable el tema de la logística a aplicarse con este tipo de medidas.

A través del referido Acuerdo Plenario, se establece a las consecuencias accesorias como mecanismos que pretenden responder de manera eficaz y a nivel punitivo la comisión de hechos delictuosos en los cuales se encuentran envueltas personas jurídicas. Para un mejor análisis procederemos a determinar cuáles son los fundamentos que sustentan este acuerdo, fundamentos que pueden enfocarse desde el punto de vista jurídico legal, y ampliamente desarrollados por un gran sector de la doctrina, entre ellos el Dr. José Urquiza.<sup>39</sup>

El primero de ellos está referido a la carencia de normas predeterminadas de nuestra norma material, entiéndase en este caso Código Penal. Y posteriormente claro está la carencia de disposiciones de carácter procedimental, las normas adjetivas tan restrictivas han contribuido también en este dilema. Lo que si es cierto-en opinión del graduando- es que si bien existe un debate dogmático y pragmático sobre la naturaleza jurídica de estas consecuencias complementarias, sobre su aplicación, sus dimensiones y por supuesto su inaplicabilidad por el escaso presupuesto, es cierto que debemos tomarlas en cuenta como lo que son, consecuencias punitivas de carácter especial, por lo que veamos ahora cuales son los requisitos de imposición de este tipo de sanciones.

En ese orden de ideas, tenemos que se requiere la existencia previa de la perpetración de un ilícito penal. Seguidamente tenemos que la empresa en cuestión haya sido utilizada de modo alguno para la perpetración del referido hecho delictivo, ya sea en el ocultamiento, o en contribuir a este. Y por supuesto un requisito consustancial y concurrente es aquel referido a que se le haya dictado un fallo condenatorio al autor individual y concreto del hecho delictuoso.

Por otro lado, en cuanto a las cuestiones procedimentales propiamente dichas, el Acuerdo Plenario hace hincapié en la inminente necesidad de que las referidas consecuencias accesorias deben de aplicarse en el contexto de un procedimiento penal debidamente resguardado por todas las garantías que nuestra legislación contempla,

<sup>39</sup> José Urquiza Olaechea, Código Penal, Tomo II, IDEMSA, Lima, 2010, Pág. 248-259

haciendo referencia al carácter garantista de nuestro Código Adjetivo en materia penal. Así por ejemplo tenemos al derecho de defensa, que implica la comunicación de cargos, la defensa cautiva de un abogado, el derecho de no autoincriminación, el derecho al silencio, y por supuesto a la prueba, y más específicamente el derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, también se presente el denominado principio de congruencia procesal, donde debe existir una adecuada correlación entre el petitorio, los hechos y la prueba, reflejadas en una resolución que refleje una correcta aplicación del derecho material y sustantivo.

Del mismo modo el referido Acuerdo, también se inspira en algunos fundamentos procesales sobre las personas jurídicas, basadas en el Código Procesal Penal del año 2004; como el hecho de que el Fiscal provincial debe insertar en la formalización de su acusación o en alguno de sus requerimientos, los datos específicos de las personas jurídicas envueltas en la comisión del ilícito en concreto, haciendo clara referencia a aquella información contenida en el artículo 91 inciso 1 de nuestro Código adjetivo, datos fundamentales a fin de establecer la identidad y el grado de imputabilidad que deberá establecer posteriormente el Juez especializado en lo penal. Asimismo tenemos que la empresa a la que se le imputa la comisión de un hecho delictivo, debe estar taxativamente señalada en el auto que admite la formalización de la investigación preparatoria, o en otro instrumento jurisdiccional posterior o accesorio, dicho instrumento deberá además ser notificado a la referida empresa, y seguidamente el Juez a cargo requerirá que ésta nombre de inmediato a un apoderado judicial en estricta observancia del artículo 92 de nuestro Código Adjetivo. Del mismo modo, la empresa cuestionada ostenta en lo que le es aplicable, idénticos derechos garantistas que nuestra legislación actual contempla a favor del criminal con calidad de persona natural durante la etapa de juicio. De existir finalmente, concluida la investigación preparatoria, formalización de acusación, de ser el caso, debe establecerse de forma clara y concreta acerca del grado de responsabilidad de la empresa en cuestión; asimismo eventualmente podría solicitar con la debida fundamentación cuales serán las consecuencias accesorias a aplicársele a la empresa con motivo de su relación a la perpetración de un hecho delictivo, finalmente será la judicatura la encargada de realizar el pertinente control de acusación en atención al grado de incidencia que tuvo la empresa en la comisión del ilícito penal. Claro está que la empresa será debidamente notificada con el Auto de



Enjuiciamiento, empero su no concurrencia no impedirá el normal desarrollo del juicio oral. La judicatura a cargo del proceso, si resultase pertinente deberá sancionar a la persona jurídica con la consecuencia accesoria que considere necesaria, fallo que deberá estar debidamente motivada, o caso contrario liberará de los cargos a la referida persona jurídica.

Sobre el Acuerdo Plenario en cuestión, debemos señalar entonces que no se establece la responsabilidad penal propiamente dicha atribuida a una persona jurídica, sin embargo a través de las denominadas consecuencias accesorias, si se da a conocer el camino a seguir al respecto, esto es, la flexibilización del ya reiterado principio Societas Delinquere Potest, sobre que las personas jurídicas son incapaces de ser sujetos activos de un delito, por lo que concluimos aquello no es del todo cierto, como hemos podido apreciar de todo lo anteriormente analizado.

## **2.6. ACCESORIEDAD DEL DERECHO PENAL FRENTE AL DERECHO ADMINISTRATIVO**

Ahora bien, existe un vínculo más estrecho del que muchos pensaríamos entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo-sobre todo el sancionador-; vínculo que se denota todavía más con la dación de la Ley N° 29263 que modifica el artículo Décimo tercero del Código Penal, sobre Delitos ambientales, y más recientemente con la dación del Decreto Legislativo N° 1102. La proscripción jurídico penal de manera unilateral por el legislador, esto es desde la perspectiva de la propia norma, necesita ser incorporada a otra normatividad de distinta naturaleza como lo es la administrativa, aunque de la misma materia versa sobre otras normas y principios sustantivos y procesales, generando lo que ya hemos analizado con anterioridad, a las Leyes penales en Blanco, en mérito al cual, quien se dedique a interpretar estas disposiciones penales, deberá necesariamente remitirse a la legislación extrapenal, a fin de poder interpretar y posteriormente aplicar íntegramente la dispuesto por el tipo penal en cuestión, que en este caso es de naturaleza ambiental.

La referida relación existencia entre el Derecho Penal y el Administrativo ambiental, puede apreciarse también en la evidente supeditación a la cual se encuentra sometida la

acción punitiva procedente del tipo, respecto a las disposiciones que puedan provenir del fuero administrativo. A tenor de lo dispuesto por el Art. 207 y siguientes de nuestro Código Sustantivo, el primer componente a tener en cuenta a fin de establecer la taxatividad sustantiva de la conducta, es determinar si el imputado concreta la acción de explorar, extraer, explotar u otros hechos de símil accionar, sobre el medio ambiente o más específicamente sobre los recursos existentes en él, sean metálicos o no, todo ello sin mediar la autorización administrativa correspondiente. En el caso de autos, la disposición penal concluye su contenido mediante las disposiciones de carácter administrativo, y es su transgresión lo que finalmente importa o da lugar a la proscripción penal.

Sin embargo, en el caso de los delitos ambientales y el delito de Minería ilegal, materia de nuestra investigación; esta accesoriedad del derecho penal respecto al derecho administrativo resulta discutible, pues en los delitos ambientales que son pluriofensivos y de grave afectación al interés público, el derecho penal no puede ser necesariamente la última ratio, especialmente en aquellos casos en los que se verifique flagrancia delictiva y confesión sincera.

## **2.7.ASPECTOS PROCESALES**

### **2.7.1. El Informe Previo como Requisito de Procedibilidad**

Tratándose del delito de Minería Ilegal, al igual que todos aquellos delitos taxativamente previstos en el Título XIII del II Libro de nuestro Código sustantivo, presentan el requisito de Procedibilidad referido a un Informe Especializado de las autoridades administrativas competentes. Dicha exigencia no es ni mucho menos novísima, toda vez que ya encontrábamos tal referencia en la Ley N° 26631 la misma que aprobó las normas de fiscalización de delitos anteriormente denominados delitos contra la ecología, estableciéndose la exigencia de un informe escrito respecto a la real

existencia de perjuicio ambiental en contravención del ordenamiento jurídico ambiental; específicamente la norma señalaba lo siguiente:

- A) La exigencia de una opinión fundamentada previa y por escrito de la autoridad sectorial competente antes de formalizar la denuncia penal.
- B) La dirimencia del Consejo Nacional del Ambiente (CONAM, institución que ha sido fusionada al Ministerio del Ambiente) en caso de informes discrepantes de dos o más autoridades sectoriales.
- C) La procedencia de la acción penal por inejecución de las disposiciones del EIA o PAMA.

Siendo ello debo señalar que una vez aprobada la Ley General del Ambiente, se procedió a derogar la norma anterior, Ley N° 26631. Sin embargo, lo establecido y señalado en dicha norma, fue totalmente asumido por el artículo 149 de la Ley General del Ambiente, posteriormente modificado por el artículo 4 de la Ley N° 29263, señalando explícitamente lo siguiente:

*Del informe de la autoridad competente sobre infracción de la normativa ambiental.*

**149.1.** *En las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del fiscal provincial o Fiscal de la Investigación Preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal, (...)*



*dicho informe deberá ser meritulado por el Fiscal o Juez al momento de expedir la resolución o disposición correspondiente, (...).*

Así entonces es más que evidente que el requerimiento previo de un Informe Técnico Especializado a expedirse por la autoridad administrativa competente, respecto a la existencia o no de la legislación ambiental, importa entonces un requisito de naturaleza procesal y procedimental, por lo que no cumplir con esta exigencia se estaría deslegitimando el ejercicio de la acción penal y eventualmente podría devenir en la nulidad del proceso. El referido Informe especializado, no es precisamente vinculante e inclusive el Fiscal a cargo de la Investigación Preparatoria podría ejercitar acción penal en contra del o los imputados, aún cuando este informe especializado de la autoridad administrativa determina que no ha existido daño ambiental, esto es que no ha existido transgresión normativa de naturaleza ambiental. Sin embargo, si bien este informe no tiene carácter obligatorio, el Fiscal estará siempre obligado a solicitarlo a la autoridad administrativa ambiental, para su posterior evaluación y análisis conjuntamente con otros medios de prueba con anterioridad a su pronunciamiento formal. El problema radica en que el imputado podría deducir el mecanismo de defensa procesal de la Cuestion Previa, el cual si es declarado fundado trasladaría inevitablemente el caso al ámbito administrativo.

No obstante ello, el artículo 149 de la Ley General del Ambiente y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 004-2009-MINAM señala lo siguiente:

- Es obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la autoridad administrativa ambiental

Al respecto tenemos que se considera como autoridad administrativa ambiental competente a las siguientes instituciones:

- Autoridad Ambiental Sectorial
- Organismos adscritos a la Autoridad Ambiental Sectorial
- Gobiernos Locales

- Gobiernos Regionales
- Los Organismos reguladores o de fiscalización competente en la materia objeto del proceso penal

Siendo ello así tenemos que solo existirá participación de la OEFA al momento de expedir el informe técnico especializado requerido, o en todo caso remitirlo al organismo competente cuando:

- Exista más de una autoridad competente
- El Fiscal no tenga certeza sobre la competencia
- La autoridad administrativa competente sea parte integrante del proceso.

El informe debe ser evacuado antes del pronunciamiento del Fiscal Provincial o Fiscal de la Investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal.

Ahora bien, a efectos de establecer en qué parte del procedimiento penal se solicita el informe técnico especializado a la autoridad administrativa debemos tener en cuenta lo establecido por nuestro Código Procesal Penal, el mismo que señala lo siguiente:

- El Fiscal inicia los actos de investigación cuando tiene conocimiento de la sospecha de la comisión de un hecho que reviste los caracteres del delito.
- El Fiscal puede, bajo su dirección, requerir la intervención de la Policía o realizar por sí mismo diligencias preliminares de investigación para determinar si debe formalizar la investigación preparatoria.
- Si el Fiscal al calificar la denuncia o después de haber realizado o dispuesto realizar diligencias preliminares, considera que el hecho denunciado no constituye delito, no es justiciable penalmente, o se presentan causa de extinción previstas en la ley, declarará que no procede formalizar y continuar con la investigación preparatoria, y ordenará el archivo de lo actuado.
- Si de la denuncia, del informe policial o de las diligencias preliminares que realizó, aparecen indicios reveladores de la existencia de un delito que la acción penal no ha prescrito, que se ha individualizado al imputado y que, si fuera el caso, se han satisfecho los requisitos de Procedibilidad, dispondrá la formalización y la continuación de la investigación preparatoria.

Así entonces, con la modificatoria de la Ley General del Ambiente, se modifica a la denuncia penal de los delitos de naturaleza ambiental, la misma que ya no usa más el informe técnico especializado como un requisito para poder formalizar la referida denuncia, y más bien se procede a utilizar dicho informe de la autoridad administrativa como parte integrante de la investigación preparatoria, denotándose entonces que ya se ha formalizado la denuncia.

El Juez o el Fiscal a cargo de la Investigación preparatoria, son los que están a cargo de requerir el informe especializado de la autoridad administrativa, mediante un oficio, el mismo que deberá contener lo siguiente:

- El requerimiento de Informe Fundamentado adjuntado copia de la denuncia y sus anexos.
- Otras actuaciones e información relevante con la finalidad que la autoridad administrativa ambiental tenga la información suficiente para la redacción del informe.

Ahora bien, de ser necesario, la autoridad administrativa podrá requerir información complementaria al Ministerio Público, específicamente al Fiscal a cargo de la Investigación preparatoria, o en todo caso a otras instituciones de carácter público o privado, respecto a actuaciones y diligencias tales como informes, estudios y pericias, u otras actuaciones que se consideran pertinentes, siempre dentro del plazo establecido por ley.

#### - **Plazo para elaboración del Informe Especializado**

El Informe técnico especializado debe ser expedido en un plazo que no exceda los 30 días hábiles, contados desde la recepción del requerimiento del Fiscal, o en todo caso del Juez, siempre bajo responsabilidad en caso de demora o negligencia.

### **Valoración del Informe**

El Juez o el Fiscal de investigación preparatoria, deberá valorar el Informe técnico especializado, al instante de emitir la resolución pertinente.



El referido Informe deberá encontrarse debidamente motivado, y además ser de naturaleza técnica jurídica.

La autoridad administrativa redactará el informe por escrito, cuyos requisitos mínimos son además los que a continuación se señala:

- Introducción-Antecedentes
- Fundamentación Jurídica
- Fundamentación fáctica, especificando el nexo causal que existe en los hechos y el delito en cuestión.
- Análisis de la legislación vigente
- Dictamen didáctico respecto al análisis del daño ambiental eventualmente ocasionado, según sea el caso.
- Conclusiones Finales

Así entonces, la motivación establecida por la autoridad administrativa, al margen de determinar los hechos fácticos y definiciones técnicas especializadas que se ocasionaron como consecuencia del hecho incriminatorio, también debe integrar un estudio exhaustivo respecto a las agravantes del perjuicio ocasionado, el margen de superación de estándares de calidad ambiental, grado de importancia del objeto perjudicado, así como el nivel de voluntariedad que existe, en aras de hacer saber al Juez o Fiscal a cargo de la Investigación preparatoria sobre las generalidades del hecho concomitante.

## **2.7.2. MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL Y LA REPARACIÓN CIVIL EN EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL**

### **1. MEDIDAS COERCITIVAS REALES**

Son aquellas medidas procesales que recaen sobre el patrimonio del imputado o, en todo caso, sobre bienes jurídicos patrimoniales, limitando su libre disposición.

#### **1.1 MEDIDAS REALES PENALES ESENCIALES**

- Incautación o secuestro provisional.

- Embargo preventivo.
- Orden de Inhibición.

## **1.2 MEDIDAS REALES CIVILES**

- Embargo: Aseguratorio, innovativo o satisfactivo.
- Anotación preventiva de la denuncia formalizada y aprobada judicialmente.
- Pensión provisional de alimentos.
- Inventario de bienes del agresor.
- Orden de inhibición de bienes inscribibles.

## **II. FINALIDAD DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS REALES**

- Prevención de la insolvencia (objetivo cautelar).
- Protección económica de las víctimas (pensión provisional de alimentos).
- Prevención de la desaparición de bienes delictivos por conductas dañosas de ocultamiento.
- Cesar la continuidad o permanencia delictiva.

## **III. PRESUPUESTOS MATERIALES DE LAS MEDIDAS COERCITIVAS REALES**

- Fumus delicti comissi: toma en cuenta la comisión de un delito y su atribución a una persona determinada y se valora la concurrencia de indicios de criminalidad en la persona sobre la que recaerá la medida.
- Periculum in mora: peligro de un daño jurídico urgente y marginal derivado del retraso en expedirse la resolución definitiva.

## **IV. EL EMBARGO**

### **IV.1 CONCEPTO**

Se define como la ocupación, aprehensión o retención de bienes, hecha por mandato del

juez competente por razón de delito. Esta medida recae sobre bienes propios del obligado a diferencia de la incautación que recae sobre cosas litigiosas.

#### **IV.2 CARACTERISTICAS DEL EMBARGO**

1. Penal: Cuando afecta bienes libres del imputado para asegurar la pena de multa.
2. Civil: Cuando busca lograr el aseguramiento anticipado de las eventuales responsabilidades civiles.

#### **IV.3 SUJETO PASIVO DE LA MEDIDA**

- Es el autor o partícipe del delito.
- El Tercero Civil, quien debe ser emplazado judicialmente (pueden ser personas naturales o personas jurídicas).

#### **IV.4 RESPONSABILIDAD DEL TERCERO CIVIL**

- Es por riesgo y solidaria.
- No necesariamente nace de la insolvencia del responsable directo.
- La responsabilidad solidaria permite atribuir la obligación de resarcimiento a cualquiera de los responsables, sin condición alguna ni constataciones acerca de la insolvencia del responsable directo.

#### **IV.5 EL EMBARGO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**

En el curso de la investigación el Fiscal, de oficio o a solicitud de parte, indagará sobre los bienes libres o derechos embargables del imputado y del tercero civil, a fin de asegurar las responsabilidades civiles derivadas del delito.

Luego de identificado el bien o derecho embargable, el Fiscal o el actor civil, solicitará al Juez el embargo. A estos efectos deberá: motivar su solicitud, especificar el bien o derecho afectado; monto del embargo y forma de la medida (Art. 303° NCPP Inc.1).

El actor civil debe ofrecer contra cautela. Si el embargo se solicita después de la



sentencia no se exige contra cautela. (Art. 303°NCPP Inc.2)

El juez sin trámite alguno dictará auto de embargo en la forma solicitada o la que considere adecuada, siempre que no sea más gravosa que la requerida.

(Art.303°NCPP.), Se exige:

- 1.- Fumus delicti comisssi.
- 2.- Existe riesgo fundado de insolvencia del imputado o de ocultamiento o desaparición del bien.

La desafectación se tramita ante el Juez de la investigación preparatoria. La tercería se interpondrá ante el juez civil de conformidad con el C.P.C. (Art. 308° NCPP)

#### **IV.6 VARIACIÓN Y ALZAMIENTO DE LA MEDIDA**

En el propio cuaderno de embargo se tramitará el pedido de variación de embargo.

Está permitida la sustitución del bien embargado y su levantamiento, previo depósito en el Banco de la Nación a la orden del Juzgado del monto por el cual se ordenó el embargo.

#### **IV.7 EJECUCIÓN DEL EMBARGO**

1. Cualquier pedido destinado a impedir o dilatar la concreción de la medida es inadmisibile.
2. Ejecutada la medida se notificará a las partes con el mandato de embargo.
3. Se puede apelar dentro del tercer día de notificado.
4. El recurso procede sin efecto suspensivo.

#### **IV.8 VENTA DEL BIEN EMBARGADO EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**

Artículo 307° NCPP:

1. Si el procesado o condenado decidiera vender el bien o derecho embargado, pedirá autorización al Juez.
2. La venta se realizará en subasta pública. Del precio pagado se deducirá el monto que corresponda el embargo, depositándose en el Banco de la Nación. La diferencia será entregada al procesado o a quien él indique.

## **V. OTRAS MEDIDAS CAUTELARES REALES EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**

### **V.1 ORDEN DE INHIBICIÓN EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**

El fiscal o el actor civil, en su caso, podrán solicitar, cumplidos los requisitos establecidos en el artículo 303° NCPP, que el Juez dicte orden de inhibición para disponer o gravar los bienes del imputado o del tercero civil, que se inscribirá en los Registros Públicos. (Art. 10° NCPP)

Significa que el propietario del bien no podrá disponerlo hasta que concluya el proceso.

### **V.2 MEDIDAS PREVENTIVAS CONTRA LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL**

El juez, a pedido de parte legitimada, puede ordenar respecto de las personas jurídicas:

- La clausura temporal, parcial o total de sus locales o establecimientos.
- La suspensión temporal de todas o alguna de sus actividades.
- El nombramiento a vigilancia judicial.
- Anotación o inscripción registral del procedimiento penal.<sup>40</sup>

<sup>40</sup> Dr. Marco Antonio Ulloa Reyna, <http://bjvderechoprocesaluigv.blogspot.pe/2010/06/medidas-coercitivas-reales.html>, 11-08-16 Hrs. 10:40 a.m.

## MARCO OPERATIVO

### **3. CAPITULO III. LA MINERIA AURIFERA I LAS RESTRICCIONES DE ACCESO A LA JUSTICIA PENAL AMBIENTAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE MADRE DE DIOS**

#### **3.1. LA MINERIA AURIFERA ILEGAL/INFORMAL EN MADRE DE DIOS**

##### **3.1.1. LOS IMPACTOS AMBIENTALES DE LA MINERIA ILEGAL/INFORMAL EN LA REGION MADRE DE DIOS**

Un resumen ejecutivo de los impactos ambientales generados por la minería aurífera en la región Madre de Dios, ha sido precisado en un informe del Ministerio del Ambiente (MINAM): En Madre Dios, la región del Perú con mayor actividad de minería ilegal, se ha deforestado más de 70 mil hectáreas de bosque. Más del 70% de personas que realizan actividad minera ilegal en Madre de Dios son migrantes, principalmente de Cusco y Puno. Esta región es una de las zonas con mayor número de casos de trata de personas en Perú. La explotación se concentra en los principales enclaves mineros y principalmente en la zona denominada “La Pampa”. El Movimiento No a la Trata de Personas, ha señalado que más de 4,500 personas son explotadas sexualmente alrededor de los campamentos mineros. Por otro lado, según el Carnegie Institute, el 60% de los peces consumidos en Puerto Maldonado tienen niveles de mercurio superiores a los límites permitidos por la Organización Mundial de la Salud (OMS) y el 78% de los adultos evaluados en Puerto Maldonado tienen niveles de mercurio hasta tres veces superiores a los límites máximos permitidos. En los últimos meses la actividad minería ilegal ha afectado la zona de amortiguamiento de la Reserva Nacional de Tambopata, deforestando más de 100 hectáreas. La minería ilegal no paga impuestos, no cumple normas laborales, ni estándares ambientales ni de salud, con lo cual el trabajo se realiza en condiciones que afectan derechos fundamentales.<sup>41</sup>

En efecto, en el periodo 2012-2015, se han deforestado en toda la región Madre de Dios 26,903 hectáreas y en la Zona de Amortiguamiento de la Reserva Nacional de

---

<sup>41</sup> Véase: MINAM: “Política de Formalización de la Minería Informal e Interdicción de la Minería Ilegal: Logros y Realidades”, Lima, 2016.



Tambopata denominada “La Pampa” se ha deforestado 3,663 has. y en la actualidad avanza inconteniblemente hacia la propia reserva de Tambopata. Es obvio que esta degradación es una abierta vulneración al concepto de desarrollo sostenible, el cual implica tres ideas matrices: contribuir a mejorar la calidad de vida, conservar la biodiversidad y asumir un compromiso intergeneracional. En relación a ello, podemos citar la siguiente reflexión:<sup>42</sup> *“...Nuestra generación recibió en Madre de Dios un territorio con una diversidad biológica y cultural extraordinaria. ¿Qué estamos haciendo con ese legado? ¿En qué lo estamos convirtiendo? Es claro que la diversidad biológica y cultural constituye un patrimonio que debería generar oportunidades de desarrollo. Es claro también que no es inteligente ni ético sacrificar este patrimonio en beneficio de una sola generación o, peor aún, de un solo grupo de personas. La minería puede ser una buena opción de uso del suelo bajo determinadas condiciones y en un marco de legalidad, pero la sostenibilidad siempre debe prevalecer como una meta dentro de la visión más amplia de uso del territorio...”*<sup>43</sup>

Por otro lado, la contaminación ambiental que genera la minería aurífera en Madre de Dios, no solo produce la deforestación de la amazonia, sino también, la contaminación con mercurio del aire y el agua de los principales ríos de la cuenca aurífera por el vertimiento de los relaves mineros, por lo que ha puesto en serio riesgo la salud de las personas. En relación a ello, el Informe Técnico N° 00008-2016-Indeci/11.0; establece que pobladores de 11 distritos de esta región presentan niveles de mercurio en su organismo que supera los límites máximos permisibles establecidos por la Organización Mundial de Salud (OMS) y causa graves problemas de salud afectando principalmente a niños y mujeres en estado de gestación. La contaminación por mercurio se produce por los altos niveles de concentración de este mineral detectados en el medio ambiente y en distintas especies de peces que constituyen el sustento alimenticio de la población de esta región amazónica.

Por ello y ante la gravedad de este impacto ambiental, el gobierno emite el D.S. N° 034-2016-PCM con fecha 22.05.2016 y declara el Estado de Emergencia en once distritos de las provincias de Tambopata (Tambopata, Inambari, Las Piedras y Laberinto); Manu (Fitzcarrald, Manu, Madre de Dios y Huepetuhe); y Tahuamanu (Iñapari, Iberia y

<sup>42</sup> Un análisis sobre las estrategias gubernamentales para enfrentar el problema de la convivencia de la minería aurífera y la biodiversidad de Madre de Dios, puede encontrarse en: Valencia Arroyo Lenin: “Madre de Dios: ¿Podemos Evitar La Tragedia? Políticas de Ordenamiento de la Minería Aurífera” SPDA. Lima, Mayo, 2014.

<sup>43</sup> Ibíd. ob.cit. pág. 13.

Tahuamanu) del departamento de Madre de Dios; con el propósito de que se ejecuten las acciones necesarias para mitigar los efectos dañinos causados por el mercurio que es un mineral tóxico.

En síntesis, la actividad minera ilegal/informal genera graves pasivos ambientales; causa un impacto ambiental negativo por la destrucción de los bosques y la grave contaminación por mercurio de los ambientes acuáticos y los recursos hidrobiológicos, que son luego ingeridos por la población local; ocasionando además daños y perjuicios en otras actividades sostenibles de la Región Madre de Dios. De este modo la minería aurífera conculca el derecho fundamental a vivir en un ambiente sano y equilibrado y el derecho a la explotación sostenible de los recursos naturales, derechos amparados por la Constitución Política del Estado y normas Supranacionales ya reseñados en el marco teórico que sustenta nuestra investigación.

En relación al concepto de desarrollo sostenible, y que la minería aurífera no asume en Madre de Dios; nos parece interesante la concepción que tiene Walter Vargas, jefe de la Organización COMARU (Consejo Machiguenga del Río Urubamba) de la Región Cusco; el cual se pregunta:” ¿Cómo el Machiguenga ha conservado su bosque? El Machiguenga para conservar su bosque sin destruir ha tenido que descubrir donde viven los animales, donde hay peces, donde hay buenos árboles, donde hay buena tierra. ¿Quién nos enseñó esto? Nos lo enseñó la sabiduría de los propios Machiguengas. Conservamos para garantizar la vida de nuestra generación futura”.<sup>44</sup>

Por otro lado, la protección jurídica de la biodiversidad se realiza mediante el establecimiento de las áreas naturales protegidas. En la Región Madre de Dios se establecen “...desde 1973, con la creación del Parque Nacional del Manu hasta la fecha, se han creado en la Región 6 Áreas Naturales Protegidas (ANPs), algunas de ellas compartidas con otras regiones. Las siguientes Unidades conforman el sistema de ANPs de la Región: Parque Nacional Manu, Zona Reservada Manu, Parque Nacional Bahuaja

<sup>44</sup> Véase: IIAP – CTAR, “Madre de Dios camino al desarrollo sostenible: Propuesta de Zonificación Ecológica Económica como base para el Ordenamiento Territorial” Puerto Maldonado, Marzo, 2001. pág. 3.

Sonene, Reserva Nacional Tambopata, Zona Reservada Amarakaeri y Zona Reservada Alto Purús. En conjunto estas áreas abarcan (...) 44.6% del Territorio Regional”.<sup>45</sup>

Las ANPs directamente impactadas por la minería ilegal e informal son la Reserva Comunal de Amarakaeri y la Reserva Nacional de Tambopata, ambas forman parte de un “Corredor Ecológico” que viene desde la Reserva del alto Purús en la frontera con el Brasil, pasando por la Reserva del Manu, La Reserva Comunal de Amarakaeri, el Parque Nacional Bahuaja Sonene y la Reserva del Tambopata en la frontera con Bolivia.

La Reserva Comunal de Amarakaeri presenta gran riqueza de flora y fauna y abundante biodiversidad pero en su interior existen los asentamientos humanos de Huasoroquito y Setapo; y en la zona de amortiguamiento contigua a la reserva se da una intensa presencia poblacional sobre todo a lo largo del río Puquiri. Esta población migrante hace sumamente vulnerable la Reserva porque su medio de vida es la minería aurífera.

Pero el problema ambiental se agudiza en la zona de amortiguamiento de la Reserva de Tambopata, donde puede verificarse un fuerte impacto ambiental por el mercurio vertido a los ríos y la degradación de los bosques que realizan los mineros ilegales que avanzan hacia la reserva de manera incontenible. La deforestación y depredación de bosques primarios es descomunal en el sector denominado “La pampa”. Según cálculos oficiales entre Noviembre del 2012 y Junio de este año la deforestación pasa de 100 a más de 1,500 hectáreas y el impacto ha sobrepasado la zona de amortiguamiento llegando a la misma reserva de Tambopata. Esta situación se agudiza por la suspensión de las acciones de interdicción las cuales han pasado del ámbito de la PCM al Ministerio del interior a través del Decreto Supremo 016-2016-PCM.

La contención de la violencia punitiva ambiental descrita, se ha realizado mediante las operaciones de interdicción extraordinaria, que son mega operativos en los cuales participan numerosos fiscales, policías y militares con el apoyo logístico de helicópteros y por consiguiente, requieren un presupuesto considerable. “Respecto de la interdicción (operaciones en las que se destruyen o incautan maquinaria y equipos utilizados en la minería ilegal), entre Enero del 2013 y Julio del 2016, el gobierno realizó 217 de estas acciones en diversas regiones del país, con un presupuesto de S/546’322.651. De este

---

<sup>45</sup> Ibíd. Ob. cit. pág. 32



total, más de S/270 millones se orientaron a operaciones en la Reserva Nacional de Tambopata, en Madre de Dios (...)"'.<sup>46</sup>

Estas interdicciones se realizan contra los operadores mineros que laboran en zonas prohibidas, o aquellos que utilizan maquinaria prohibida o aquellos que no han iniciado el proceso de formalización, casos en los que se tipifica en estricto el delito de minería ilegal. El proceso de Formalización implica la presentación de una declaración de compromiso, contar con una concesión minera, tener un instrumento de gestión ambiental correctivo aprobado (IGAC), obtener la licencia de uso del agua y la autorización del uso del terreno superficial; con todo lo cual se obtiene el permiso de operación minera (COM) y culmina así el proceso de formalización.

No cabe duda que las interdicciones en Madre de Dios tienen un efecto disuasivo temporal, pues está demostrado, que si bien se destruyen los instrumentos y efectos del delito, no se aplica ninguna consecuencia jurídico penal y menos patrimonial, pues los mineros tienen un gran potencial lesivo y poder económico razón por la cual huyen, se esconden y desaparecen, pero luego reaparecen nuevamente para reiterar en el delito. Pero, lo más grave es que en algunos casos solo son aprehendidos los obreros y no los titulares mineros que son los autores directos en la comisión del delito ambiental o de minería ilegal.

Por otro lado, según el último "Balance de la gestión estatal frente a la minería informal e ilegal en el Perú 2012 – 2014" de la Defensoría del Pueblo, el 63% de las acciones de interdicción se han realizado en la Región Madre de Dios y también hace referencia a las 445 investigaciones fiscales por "delito de minería ilegal y conexos" que se realizaron durante el 2013 hasta enero de 2014.

La minería ilegal/informal en Madre de Dios, produce impactos negativos no solo en el medio ambiente sino también en las poblaciones del entorno que mayoritariamente son comunidades indígenas, los cuales son vulnerados en sus derechos económicos, sociales y culturales (DESCs), y en muchos de los casos con consecuencias irreversibles. En efecto, *"Estos impactos se potencian en un contexto en el que la presencia de actividades extractivas y la mayor presión sobre los recursos del bosque amenazan a pueblos indígenas asentados en la región. La región de Madre de Dios está conformada*

<sup>46</sup> Véase: García Delgado Francesca: "Minería ilegal: "Mega operaciones de Interdicción en pausa", Diario "El Comercio", 27.08.2016.

*por siete pueblos indígenas: Arakmbut, Yine, Amahuaca, Shipibo-Conibo, Ese eja, Matsiguenga y Quichuaruna, y 30 comunidades nativas (...). Estas comunidades han tenido una larga relación de conflicto y convivencia con mineros inmigrantes, con tensiones e impactos diferenciados sobre los pueblos indígenas”.*<sup>47</sup>

Por otro lado, los impactos ambientales de la minería aurífera en Madre de Dios no solo afectan a las comunidades nativas, sino también a otras personas naturales y jurídicas vinculadas a actividades sostenibles -como la reforestación, la conservación, la agricultura, el ecoturismo, entre otras-, que también son impactadas por las operaciones mineras cuyas concesiones han sido “superpuestas” a los derechos de los titulares de dichas actividades por el propio estado, lo cual origina conflictos legales y socio ambientales.

Al respecto, resulta interesante precisar los diversos conflictos socio ambientales y legales generados en la región Madre de Dios por la minería ilegal/informal. El Dr. Antonio Brag y otros sostienen que: *“los conflictos socio ambientales generados por las actividades mineras han crecido de forma exponencial en los últimos años: los conflictos ocurren principalmente entre mineros y comunidades nativas; mineros y colonos campesinos; mineros y concesionarios forestales; mineros y castañeros; mineros y empresas de turismo, y mineros y funcionarios del Estado por afectación de áreas protegidas”.*<sup>48</sup>

Pero, lo más grave es que la Región Madre de Dios, ha sido impactada no solo por la minería ilegal del oro, sino también por la tala ilegal de madera, el tráfico ilícito de drogas, la trata de personas, contrabando, lavado de activos, tráfico de combustibles y otros delitos de menor afectación al interés público conexos a la actividad minera.

En suma, los impactos más recurrentes de la minería ilegal/informal en Madre de Dios son la deforestación de los bosques y el vertimiento de relaves mineros con sustancias tóxicas como el mercurio a los ríos de la cuenca aurífera, causando graves daños patrimoniales y ecológicos en desmedro de las comunidades nativas. Está probado científicamente que la concentración de mercurio en la sangre provoca daños

<sup>47</sup> Lenin Valencia Arroyo: “Madre de Dios: ¿Podemos Evitar La Tragedia? Políticas de Ordenamiento de la Minería Aurífera” SPDA, Lima, Mayo, 2014. Pág. 18.

<sup>48</sup> Citado en: Ramón Rivero Mejía y Alan Díaz Carrión: “La Problemática Minera y La Experiencia del Consultorio Jurídico Gratuito de la SPDA en Madre de Dios (2010-2011)” SPDA. Lima, Enero, 2012, Pág.24.

irreversibles en el sistema nervioso, afectando las funciones cerebrales principalmente en los niños, poniendo en grave riesgo su desarrollo intelectual.

El impacto es por consiguiente grave y generalizado y por lo menos a la fecha la respuesta de la justicia penal ambiental a estos conflictos es inoperante y genera impunidad, debido a la precariedad del sistema judicial y fiscal en Madre de Dios para encarar dicha violencia punitiva y también debido a la existencia de barreras procesales que impiden el acceso a una justicia penal ambiental eficaz. A nivel fiscal por ejemplo: *“... se han dado muchos casos en los que la imposibilidad de identificar al infractor o la falta de implementos logísticos, de personal del MP (fiscales, asistentes de función fiscal, etc.) o de la PNP en toda la región de Madre de Dios, constituyen factores que provocan la caída de los procesos fiscales...”*<sup>49</sup>

La represión penal de la minería ilegal en Madre de Dios debe ser rápida, eficaz y expeditiva, desterrando la impunidad y el “terrorismo punitivo” (interdicciones), es decir, el derecho penal no puede ser duro, draconiano, inflexible, arbitrario porque deviene en inconstitucional. Aspiramos a un derecho penal democrático, liberal que incorpore principios y valores constitucionales. Del mismo modo la contención de la violencia punitiva ambiental requiere de abogados que ejerzan la profesión con apego a los valores de Justicia, Libertad e Igualdad, estén comprometidos con la ética y aboguen para proscribir la ineficiencia y la corrupción de la administración de justicia.

Del análisis realizado, podemos concluir que el problema de la minería aurífera en la región Madre de Dios no solo tiene una connotación penal, sino primordialmente social y por tanto, no podrá ser erradicada totalmente, más aun si tenemos en cuenta que la minería informal está generalizada en 21 regiones del Perú. En consecuencia, siendo la minería aurífera la principal actividad económica de la región Madre de Dios, y que además tiene un efecto dinamizador, un efecto multiplicador, en comercio, servicios y transporte; se debe propiciar en esta región y solo en el área autorizada del “Corredor Minero”; una minería sustentable, social y ambientalmente responsable; una minería que respete las leyes laborales, tributarias, ambientales y penales.

Consideramos que ello sí es posible en la Región Madre de Dios; y que a partir de esa minería con responsabilidad social y ambiental; podríamos impulsar en nuestra

<sup>49</sup> Véase: Ramón Rivero Mejía y Alan Díaz Carrión: ob. cit. pág.57.



amazonia, actividades sostenibles como la reforestación, la conservación, el ecoturismo, la ganadería y la agro exportación; y en las cuales Madre de Dios tiene enormes ventajas comparativas. Se trata de propulsar la transformación de la minería aurífera en actividades sustentables.

En síntesis, se debe propiciar una genuina formalización de la minería aurífera en la zona autorizada denominada “Corredor Minero”, incorporando a los mineros informales a la legalidad en el marco de la persecución estratégica del delito; y reprimir a la minería ilegal, con la cual no hay posibilidad alguna de negociación y por el contrario debe aplicársele con todo rigor la potestad punitiva del estado.

### **3.1.2. EL PROCESO DE FORMALIZACIÓN MINERA EN LA REGIÓN MADRE DE DIOS**

La respuesta del estado ante los graves impactos socio ambientales de la minería aurífera en Madre de Dios, ha sido la promulgación en el año 2012 de un conjunto de decretos legislativos para incorporar a los mineros ilegales/informales a la legalidad. El proceso de formalización de la pequeña minería y la minería artesanal en la región Madre de Dios, de acuerdo con lo previsto en el D.S. N° 006-2012-EM está a cargo de la Comisión de Formalización presidida por un representante de Energía y Minas y conformada además por representantes del sector ambiente, agricultura y el gobierno regional.

En relación a los logros del proceso de formalización –cuyo fracaso ha sido evidente-, podemos precisar que estos son muy limitados; así de los 70,000 operadores mineros que a nivel nacional presentaron su declaración de compromiso como el primer paso para formalizarse, a Febrero del 2016 solo han alcanzado a culminar el proceso 1,056 mineros a nivel Nacional; pero en Madre de Dios de los 4,507 mineros informales que presentaron su declaración de compromiso, ningún minero logro formalizarse, pese a que se presentaron a la Entidad de Fiscalización Ambiental (EFA) del Gobierno Regional, 652 Instrumentos de Gestión Ambiental Correctiva ( IGACs), requisito equivalente al Estudio de Impacto Ambiental como paso previo a la obtención del Certificado de Operación Minera.

Pero el fracaso de la formalización minera en Madre de Dios, se puede atribuir también a la actitud negligente del gobernador regional, Luis Otsuka Salazar, y de los funcionarios de la Dirección Regional de Energía, Minas e Hidrocarburos (DREMH); hecho factual concreto que ha sido corroborado en el Informe de Auditoría N° 060 2016-CG/MA-AC de la Contraloría General de la República, y en el cual se señala que dichos funcionarios públicos en el periodo 2013-2015, incumplieron con sus obligaciones funcionales para evaluar y aprobar o reprobar los estudios de impacto ambiental -Instrumentos de Gestión Ambiental Correctivo (IGAC-; que los mineros en proceso de formalización deben acreditar para obtener el correspondiente Certificado de Operación Minera (COM), que los habilite para ejercer legalmente la actividad minera.

La inconducta funcional a la que hace alusión la Contraloría, consistió en que el Gobierno Regional condicionó la aprobación del IGAC al cumplimiento de requisitos rigurosos, que no están contemplados en la norma que regula el procedimiento. Lo cual originó que de los 652 IGACs., presentados en el periodo 2013-2015 no se apruebe ninguno. Ello explica, entre otros factores, porque en Madre de Dios a la fecha no existe ningún minero formalizado.

Otra de las razones de este magro resultado es que el ministerio de energía y minas en el marco del proceso de descentralización, ha transferido a los gobiernos regionales; entre ellos, al de Madre de Dios, una serie de facultades referidas a la promoción, registro, evaluación ambiental, fiscalización y formalización de la pequeña minería y la minería artesanal; pero, no les han transferido recursos humanos, presupuestales y logísticos imprescindibles para realizar las funciones transferidas; por tanto, su accionar ha tenido serias restricciones.

En suma, el proceso de formalización en Madre de Dios ha sido un fracaso, pues a Diciembre 2016, no existe ningún minero formalizado, pero la degradación y la violencia punitiva ambiental y los delitos asociados a la minería continúan en avance. El Estado a través de las normas que regulan el proceso de formalización ha priorizado las acciones de interdicción, es decir, la confiscación y/o destrucción de bienes, maquinaria y equipos utilizados en la minería aurífera, con intervención del Ministerio Público, La Policía Nacional y las Fuerzas Armadas.

Con ese propósito, se han realizado la incautación de instrumentos y efectos del delito, entre ellos, oro ilegal, insumos químicos (combustibles, mercurio, cianuro).

Estableciendo 17 (diecisiete) rutas fiscales y 8 puestos de control en Madre de Dios y se han realizado más de 200 acciones de interdicción. Entre los meses de abril y mayo 2016 la Marina de Guerra del Perú asentada en los Puestos Azul y Otorongo de SERNANP en el Río Malinowski ha destruido 20 campamentos, 62 máquinas, 41 motores y 34 bombas de succión.<sup>50</sup>

En suma, las acciones de interdicción extraordinaria (Mega operativos), se realizan con apoyo de la policía y el ejército en las zonas de exclusión minera, priorizando el sector de “La Pampa” en la zona de amortiguamiento de la reserva de Tambopata y con la Dirección de Capitanías (DICAPI) de la Marina de Guerra del Perú con sede en Puerto Maldonado, para la destrucción de dragas y otras maquinarias en los ríos Madre de Dios, Inambari y Malinowski.

Como vemos, la potestad punitiva del estado ha venido priorizando las acciones interdicción, en desmedro de sanciones penales o administrativas. En nuestro actual marco normativo, no se ha previsto -por ejemplo-, que alguna falta administrativa o penal de carácter ambiental sea causal de caducidad del derecho minero otorgado, lo que ha venido propiciando la depredación de nuestra Amazonia con total impunidad.

Del análisis realizado hasta aquí, podemos explicitar algunas razones por las cuales el proceso de formalización ha fracasado en Madre de Dios: Delegar el proceso de formalización al gobierno regional sin transferirle los recursos necesarios; priorizar las acciones de interdicción y no la formalización propiamente dicha; el “paquete normativo” es confiscatorio, discriminatorio, restrictivo de la actividad minera, ha sido formulado sin tomar en cuenta el carácter multiétnico, pluricultural de la región; y los mineros de Madre de Dios no han podido cumplirlo y se han visto obligados a enajenar, renunciar o caducar sus derechos mineros y otros han entrado a la ilegalidad.

En el contexto actual, el gobierno de turno y ante el fracaso del proceso de formalización anterior y en el marco del llamado “Proceso de Formalización Minera Integral” emite los siguientes decretos legislativos: El DL 1244, por el cual se incluye a la minería ilegal como delito de crimen organizado; el DL. 1293, que declara de interés nacional la formalización de la pequeña minería y la minería artesanal y abre el registro para nuevos operadores por 120 días a partir del 06.02.2017 y además posibilita que

<sup>50</sup> Esta información ha sido extraída de MINAN: “Política de Formalización de la Minería Informal e Interdicción de la Minería Ilegal: Logros y Realidades”, ob.cit, págs. 7-8



también puedan inscribirse aquellos mineros que tenían sus concesiones en áreas de exclusión minera; el DL. 1336, el cual permite el uso de cargadores frontales, retroexcavadoras y otras maquinarias para la actividad minera informal, que anteriormente estaba prohibida; y el DL. 1351, que modifica el código penal en materia de minería ilegal e incluye una disposición final que exonera del delito de minería ilegal a quienes se incorporen al nuevo registro integral de formalización minera y a los que no logren formalizarse por negligencia del funcionario público.

Este nuevo “paquete normativo”; en nuestro concepto, incrementara los delitos ambientales y propiciara la impunidad, pues si bien, es positivo que el delito de minería ilegal sea considerado como delito de crimen organizado (art. 3 inciso 14, DL 1244); es inconcebible que se exima de responsabilidad penal a quienes se incorporen al nuevo registro integral de formalización minera y a quienes no logren cumplir con el proceso de formalización por culpa inexcusable o negligencia del funcionario público a cargo del proceso. Estos actos constituyen una causal excluyente de responsabilidad penal; los fiscales no podrán acusar a estos mineros y en aplicación del principio de retroactividad benigna en materia penal, dicha exclusión puede alcanzar también a procesados o sentenciados dejando sin efecto todos los casos judicializados.

Pero lo más grave, es que al ser considerado el delito de minería ilegal como delito precedente en la tipificación del delito de lavado de activos, en el cual están procesados mucho mineros ilegales/informales y con esta regularización los que estaban inculcados quedarían exonerados hasta el año 2020 fecha en la cual culmina este nuevo proceso de formalización. En suma, estas nuevas normas propiciarán mayor impunidad y constituyen una seria restricción para reprimir los delitos ambientales. Por consiguiente, la Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1351 debe ser derogado.

Consideramos que una genuina formalización minera requiere soluciones pragmáticas y expeditivas, como el de focalizar el proceso en el llamado “corredor minero”<sup>51</sup>, desconcentrando las funciones de la Comisión de Formalización a dicha zona, dotándolos de recursos y personal multidisciplinario calificado para asesorar, no solo, en el proceso de formalización, sino también, ampliar sus funciones en la asesoría

<sup>51</sup> Zona minera autorizada por el Decreto Legislativo 1100, ubicada en la zona sur de la Región Madre de Dios a lo largo de la parte media del río Madre de Dios y de sus afluentes los ríos Colorado, Pukiri e Inambari. Es la cuenca aurífera más importante y comprende el 7% del territorio de Madre de Dios.

económica, financiera, tributaria, laboral y ambiental a los mineros informales; eso que el Gobernador Regional de La Libertad llama “EL Programa de Acompañamiento” que ha permitido formalizar a Mayo del 2016 a más de 1,000 mineros artesanales en dicha región; experiencia exitosa, que sin duda, debe ser replicada en otras regiones.

### **3.1.3. LA CRIMINALIZACION DE LA MINERÍA AURÍFERA EN TIERRAS DE COMUNIDADES NATIVAS**

Es innegable que los impactos ambientales de la minería ilegal/informal recaen con mayor incidencia en las comunidades nativas de la Región Madre de Dios. En efecto, estas comunidades nativas han sido vulneradas en sus derechos humanos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCs) por los mineros ilegales/informales cuyas concesiones mineras están “superpuestas” a sus tierras que en virtud del derecho posesorio y al amparo del derecho consuetudinario poseen estas comunidades desde tiempos inmemoriales. Las comunidades nativas son literalmente despojadas de sus tierras sin el pago de ningún justiprecio, poniendo en riesgo su supervivencia.

La “Superposición” de concesiones y títulos de áreas mineras, forestales, agrarias, de comunidades nativas y de reservas ecológicas; que ha sido propiciado y generado por el propio estado, agudiza el problema minero en tierras de las comunidades nativas al otorgar derechos mineros que abarcan en muchos casos la totalidad de las tierras comunales. Esta situación se agrava cuando el Estado a través del Decreto Legislativo 1100 dispone la formalización de estos derechos otorgados a mineros informales, quienes consideran estas concesiones como “derechos adquiridos”.

La norma precitada agudiza el problema de la “superposición” de los derechos mineros en tierras de comunidades nativas, pues la cuarta disposición final del decreto legislativo 1100 dispone la formalización de los derechos mineros otorgados a terceros; lo cual ha sido denunciado por la Federación Nativa del Río Madre de Dios y Afluentes (FENAMAD) mediante un manifiesto -publicado en el diario “La Republica” el 16.03.2012, pág. 25-, en el cual se precisa que: “...esto significa que el gobierno va a formalizar a terceros en la mayor parte de nuestros territorios comunales titulados, quitándonos ese derecho a los dueños legítimos, agravado esto con el decreto legislativo N° 1102, que incorpora el artículo 307-B al código penal, el cual penaliza con 8 a 10 años a los que realicen la actividad minera en comunidades nativas. Esto

*significa cero minería en comunidades nativas, cuando todos saben que nosotros desarrollamos la minería artesanal y pequeña minería desde hace muchas décadas, y esta actividad forma parte de nuestra economía familiar...”*

Lo descrito, colisiona con lo dispuesto en el artículo 307-B, numeral 2 del Código penal, que criminaliza la actividad minera en tierras de comunidades nativas y lo tipifica como delito de minería ilegal agravada. Pero, lo más grave es que no se ha tomado en cuenta que en la Región Madre de Dios, algunas comunidades indígenas tienen en sus tierras un potencial minero y directa o indirectamente realizan actividades mineras; es el caso de las comunidades nativas de Kotsimba, El Pilar, Boca Inambari, Puerto Luz, Arazaire, Tres Islas, San Jacinto, Amarakaeri, San José de Karene y Barranco Chico; algunos de los cuales cuentan con derechos mineros en proceso de formalización.<sup>52</sup>

Por consiguiente, penalizar la minería en tierras de comunidades nativas que están dentro del “corredor minero” resulta siendo discriminatorio y excluyente y por tanto debe modificarse el art. 307-B en relación al numeral 2 del código penal el cual tipifica el delito de minería ilegal y dice: “2. En áreas naturales protegidas o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas” y debe decir: “2. En áreas naturales protegidas o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas **que se encuentren en áreas de exclusión minera**”. La norma aludida debe precisar que solo se criminaliza la minería que se realiza en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas que están en zonas no autorizadas, es decir, en áreas de exclusión minera.

Ello, en razón de que la legislación minera o penal formulada con criterio centralista y excluyente no se cumple cuando esta es impuesta verticalmente y no toma en cuenta el carácter multiétnico, pluricultural y megadiverso que tiene el Perú y en particular la región Madre de Dios. La formulación de propuestas normativas a partir de una realidad factual concreta es crucial para encarar la violencia punitiva ambiental. Desde esa visión, “el derecho es la realidad social plasmada en normas”.

### 3.1.4. EL USO DE MAQUINARIA PESADA Y LA MINERÍA ILEGAL

<sup>52</sup> Un Análisis sobre las Comunidades Nativas cuyo territorio esta superpuesta a derechos mineros y están vinculadas a la minería aurífera puede encontrarse en: Comisión Episcopal de Acción Social (CEAS): “Conflictos sociales en Madre de Dios: El caso de la minería en pequeña escala de oro y la ilegalidad”, Lima, Diciembre, 2013, págs. 6-12.



A efectos de un mejor análisis debemos remitirnos a lo establecido por el Decreto Legislativo N° 1100 con fecha febrero de 2012, prescribía en su art. 5° la proscripción de la utilización de maquinaria pesada respecto a la pequeña minería y a la minería artesanal, tal dispositivo señalaba lo siguiente:

---

**Artículo 5°.- Prohibiciones**

Prohíbase en ámbito de la pequeña minería y minería artesanal lo siguiente:

- 5.1 El uso de dragas y otros artefactos similares en todos los cursos de agua, ríos, lagos, lagunas, cochas, espejos de agua, humedales y aguajales.  
Entiéndase por artefactos similares a los siguientes:
  - a) Las unidades móviles o portátiles que succionan materiales de los lechos de ríos, lagos y cursos de agua con fines de extracción de oro u otros minerales.
  - b) Draga hidráulica, dragas de succión, balsa gringo, balsa castillo, balsa draga, tracas y carancheras.
  - c) Otros que cuentan con bomba de succión de cualquier dimensión y que tengan o no incorporada una zaranda o canaleta.
  - d) Cualquier otro artefacto que ocasione efecto o daño similar.
- 5.2 Los bienes, maquinarias, equipos e insumos utilizados para el desarrollo de actividades mineras ilegales, tales como el uso de cargador frontal, retroexcavadora, volquete, compresoras y perforadoras neumáticas, camión cisterna que proveen combustible o agua y otros equipos que sin perjuicio de su potencia, tamaño, volumen o capacidad de carga estén destinados al mismo fin.
- 5.3 La instalación y uso de chutes, quimbaletes, molinos y pozas de cianuración para el procesamiento de mineral, motobombas y otros equipos, sin perjuicio de su potencia, tamaño, volumen o capacidad de carga, y que se utilizan en el desarrollo de actividades mineras ilegales. Las entidades de fiscalización correspondiente y los Ministerios del Interior, Producción, Transportes y Comunicaciones, en el marco de sus funciones y competencias, son los encargados de controlar y supervisar la distribución, transporte, comercialización, posesión y utilización de mercurio o cianuro.

Las actividades mineras que se ejecuten incurriendo en las prohibiciones y restricciones a que se refiere este artículo, son ilegales y determinan el inicio de las acciones de interdicción establecidas en el artículo 7° del presente Decreto Legislativo; sin perjuicio de las acciones administrativas, civiles o penales a que hubiere lugar.

Al respecto debemos señalar en primer lugar, que muy acertadamente los recientes Decretos Legislativos no modifican el art. 5.1 antes referido, sobre la utilización de

dragas o maquinaria similar en masas de agua, lo cual importaba una serie amenaza a los recursos hídricos de nuestro país, especialmente a los ríos de la Amazonia.

Empero ello, el D. Leg. N° 1336 incorpora el art. 5.4. al Decreto Leg. 1100 antes señalado, precisando que *“los bienes, maquinarias, equipos e insumos señalados en el párrafo 5.2. del presente artículo pueden ser utilizados por los mineros informales en el ámbito de las actividades de la pequeña minería y minería artesanal”*.<sup>53</sup>

En suma ello importa la autorización manifiesta para que los mineros informales -entiéndase mineros que hayan iniciado su proceso de formalización minera- puedan utilizar libremente una serie de maquinarias pesadas tales como escarificadoras, cargadores frontales, volquetes, perforadoras, cisternas para el traslado de combustible y agua, así como otro tipo de maquinaria que indistintamente de sus cualidades en forma, tamaño y peso, están orientados a la realización de dicha actividad.

Ahora bien, ello no revestiría mayor relevancia, sino fuera porque tanto la pequeña minería y sobre todo la minería artesanal se caracterizan por ser actividades de subsistencia y en los cuales priman los mecanismos artesanales de producción. Con las referidas facultades se está dotando a la minería ilegal de las herramientas necesarias para poder perpetrar sus crímenes impunemente, puesto que se está aumentando el volumen productivo y por tanto la capacidad destructiva de la pequeña minería y la minería artesanal, esto es, que producen mucho más, causan mucho más perjuicio en el medio ambiente-puesto que la maquinaria pesada desgasta más la naturaleza-, y obtienen mayores ganancias, pero aún son consideradas pequeña minería y minería artesanal, producen casi como la mediana y gran minería, pero ostentan todos los beneficios de ser considerados minería a pequeña escala, lo cual para fines de la fiscalización administrativa ambiental por parte de la autoridad, resulta totalmente perjudicial. Por ello, el nuevo proceso de formalización solo debe permitir el uso de estas maquinarias en el llamado “corredor minero”.

Así también aquello denota una abierta contradicción a lo establecido por el propio art. 4.3. del D. Leg.1293, en el cual aparentemente y de forma excepcional se puede

---

<sup>53</sup> Decreto Legislativo N° 1336

ingresar al novísimo Registro Integral de Formalización Minera, aquellos que cumplan cabalmente con los requisitos prescritos por el art. 91 de la Ley General de Minería, esto es que estén inscritos y con un N° de RUC, y que desarrollen su actividad minera en una sola concesión.

Así entonces, el referido art. 91 prescribe las restricciones que tiene la minería artesanal, estableciendo lo siguiente:

*“(...) Son productores mineros artesanales los que:*

- 1. En forma personal o como conjunto de personas naturales o personas jurídicas conformadas por personas naturales, o cooperativas mineras o centrales de cooperativas mineras se dedican habitualmente y como medio de sustento, a la explotación y/o beneficio directo de minerales, realizando sus actividades con métodos manuales y/o equipos básicos (...)”<sup>54</sup>.*

Por ello, al permitir la norma la utilización de maquinaria pesada de gran envergadura en el sector de la pequeña minería y minería artesanal, se estaría permitiendo una arbitrariedad y de manera indirecta se estaría legalizando el delito, al otorgar “*las armas*” para la perpetración de los delitos de contaminación ambiental y sobre todo de minería ilegal.

También es propicio señalar que inclusive anteriormente, durante el periodo del Alto Comisionado para la Interdicción Minera -Gral. Daniel Urresti Elera-, se realizaron una serie de interdicciones inclusive en el “corredor minero”, muchas veces de manera abusiva-hecho que ciertamente no compartimos porque se trataba de mineros que estaban inmersos en el proceso de formalización-. Tales interdicciones estaban sustentadas, en que aquella maquinaria y equipos pesados, perjudican ostensiblemente la calidad del agua, haciendo cambiar su curso y degradando notablemente la corteza amazónica. Sin embargo, estas acciones de interdicción no han tenido ningún efecto disuasivo, pues la degradación ambiental y la contaminación de los ríos continúan con total impunidad.

---

<sup>54</sup> Art. 91 Ley General de Minería.



## **3.2. LAS RESTRICCIONES DE ACCESO A LA JUSTICIA PENAL AMBIENTAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE MADRE DE DIOS**

### **3.2.1. EL SISTEMA JUDICIAL Y FISCAL EN MADRE DE DIOS**

En general el sistema judicial y fiscal en Madre de Dios no garantiza plenamente el ejercicio del derecho humano de acceso a la justicia penal ambiental de las personas que en la región están en condición de vulnerabilidad como es el caso de los nativos y otros actores sociales que son los que mayormente son impactados por las operaciones mineras ilegales e informales.

En relación al sistema fiscal se puede afirmar que hasta antes de la implementación del NCPP en el distrito judicial de Madre de Dios que ocurrió el 1° de Octubre de 2009, solo existía una 01 Fiscalía de Delitos Contra la Ecología y Prevención del Delito en Tambopata, Puerto Maldonado; luego el año 2010, se implementa una Fiscalía Provincial Especializada en Materia Ambiental, creada mediante la Resolución N° 027-2010-MP-FN-JFS de fecha 12 de marzo de 2010 y es a partir del año 2014 ante el avance incontenible de la minería ilegal y Mediante la Resolución de Junta de Fiscales Supremos N° 110-2014-MP-FN-JFS se acordó la creación de 2 Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental en la Región Madre de Dios; conformando la Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Materia Ambiental de Madre de Dios y cuya composición actual es la siguiente: 03 fiscales provinciales y 08 fiscales adjuntos provinciales; 06 de estos once fiscales son provisionales.

Cabe precisar, que la totalidad de estos fiscales laboran en la ciudad de Puerto Maldonado, capital del departamento de Madre de Dios, que está muy distante al centro nodal de la actividad minera ilegal e informal que se desarrolla en la cuenca aurífera del río Madre de Dios y sus tributarios los ríos Inambari, Huepetuhe, Puquiri, Colorado y otros afluentes; en el ámbito de los Distritos de Huepetuhe, Madre de Dios, Manu e Inambari.

Pero, no obstante la creación de estas fiscalías, subsisten los problemas relacionados a recursos humanos, presupuestales, logísticos, accesibilidad a las zonas mineras y la falta

de articulación con los otros operadores del sistema de justicia ambiental. Siendo los problemas más relevantes, el de presupuesto para realizar las interdicciones mineras in situ; y los niveles de corruptela para realizarlas con éxito; pues muchas veces se filtran las intervenciones de la fiscalía poniendo en sobre aviso a los operadores mineros frustrando la intervención fiscal.

Por otro lado, si bien constitucionalmente el persecutor penal es el titular de la acción penal pública, es el director de la investigación y tiene la carga de la prueba; no se puede soslayar el aporte de víctimas y testigos en el esclarecimiento de la verdad; y por tanto, deben ser debidamente protegidos y asistidos multidisciplinariamente; y de este modo, estos medios probatorios que sustentan la pretensión punitiva de la fiscalía sean idóneos para configurar jurídicamente la culpabilidad de los imputados. El fundamento legal de protección a víctimas y testigos se encuentra preceptuado en los artículos 95.1.c y 170.4 del Código Procesal Penal.

Respecto a la actividad procesal, “...en Agosto del 2011, existían 930 denuncias penales en trámite, de las cuales 141 fueron formalizadas ante el Poder Judicial y a esa fecha el Poder Judicial no había emitido ninguna sentencia con penas efectivas por delitos ambientales en Madre de Dios...”<sup>55</sup>; y hasta Agosto del 2014 y según el fiscal superior coordinador de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental, Antonio Fernández Jerí, del Distrito Fiscal de Madre de Dios, el Ministerio Público investigaba 2,500 casos por delito ambiental provenientes de la minería ilegal, mientras que los procesados alcanzaban a 300 y los sentenciados no llegaban a diez.<sup>56</sup> Así mismo, debido a que no existe en Madre de Dios ningún juzgado Ambiental, todos estos procesos han sido derivados con acusación fiscal al Juzgado Ambiental de la Corte Superior de Justicia de Cusco para que proceda al juzgamiento y la mayoría de ellos involucra a personas que se dedican a la extracción ilegal de oro.

Respecto al Poder Judicial, debemos reiterar que en la Región Madre de Dios no existe ningún juzgado especializado en materia ambiental, motivo por el cual los casos son derivados al Juzgado de Investigación Preparatoria especializado en delitos ambientales ubicado en el distrito judicial de Cusco, el cual fue implementado en Noviembre del

<sup>55</sup> Citado en: Ramón Rivero Mejía y Alan Díaz Carrión: “La Problemática Minera y la Experiencia del Consultorio Jurídico Gratuito de la SPDA en Madre de Dios (2010-2011)” SPDA. Lima, Enero, 2012, Pág.57.

<sup>56</sup> Véase: <http://www.andina.com.pe/>, Puerto Maldonado, Agosto, 7, 2014.

2011 y tiene carácter supra provincial para conocer delitos ambientales cometidos en los distritos judiciales de Madre de Dios, Cusco y Puno, siempre que no sean de competencia de la Sala Penal Nacional. Anteriormente los conflictos ambientales eran encarados generalmente mediante juzgados mixtos o penales. Así mismo, en la actualidad, no existe Registrado en la Corte Superior de Madre de Dios ningún perito oficial en materia ambiental.

En el periodo 2010-2014 se han presentado 2,900 casos de minería ilegal, tala indiscriminada y deforestación; sin embargo, solo se han judicializado 300 y un alto porcentaje de estos se encuentran en la etapa de investigación preparatoria. Sin embargo, estos magros resultados en la punición de los delitos ambientales y de minería ilegal, contrasta con el grado de conflictividad que se ha venido incrementando en la zona.

En efecto, se han acentuado prácticas recurrentes de los operadores mineros como la invasión a predios agrícolas o concesiones forestales, el desbosque no autorizado, la contaminación de los cuerpos de agua, el vertimiento de relaves, etc.; pero lo más grave es que la actividad minera está asociada a la comisión de otros delitos, como la trata de personas, sicariato, defraudación tributaria, lavado de activos y otros delitos comunes. En suma, los niveles de criminalidad se han desbordado y la respuesta para contener esta violencia punitiva es ineficaz.

Pero, esta ineficacia del sistema de justicia penal ambiental en Madre de Dios, tiene una explicación en la coexistencia de una serie de restricciones que impiden el acceso a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y generan, no solo, impunidad; sino también, la vulneración de los DESCs. de las comunidades nativas, derechos fundamentales amparados también por normativa supranacional.

El análisis crítico de dichas restricciones es materia de la presente investigación. Sin embargo, existen también otros factores colaterales que contribuyen negativamente en la punición de los delitos ambientales. Así, tenemos que el traslado de la competencia en los delitos ambientales perpetrados en la Región Madre de Dios al distrito judicial del Cusco; constituye en nuestro concepto una flagrante vulneración del derecho al Juez Natural y puede afectar seriamente el derecho de defensa y el derecho a probar que son componentes esenciales del Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Ello en razón de que las consecuencias patrimoniales de los delitos ambientales recaen



principalmente en las comunidades nativas del área de influencia de la actividad minera, comunidades que están como hemos afirmado en un estado de indefensión y por tanto difícilmente podrían trasladarse hacia una región lejana como Cusco y asumir los costos que ello supone. Lo reseñado constituye una barrera de acceso a la justicia penal ambiental.

En relación a este tema, nuestra Constitución es su artículo 139.3, establece que ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por ley, es decir, que dicha jurisdicción debe haber sido establecida por la norma penal antes de la comisión del hecho imputado; pero además, según el Código Procesal Penal en su artículo 21.1; el juez competente es el del lugar donde se perpetro el hecho punible. Por consiguiente, por razones de territorio y lugar de ocurrencia de los hechos; los delitos ambientales y de minería ilegal deben ser judicializados en la Región Madre de Dios, pues son perpetrados con mayor recurrencia en esta región; siendo necesario para ello la Creación de un Juzgado Especializado en materia ambiental.

En ese orden de ideas, consideramos que una adecuada Justiciabilidad de los delitos ambientales en la región Madre de dios, implica exigir que la potestad punitiva del estado y en particular del Poder Judicial se aplique de manera rápida y efectiva; y ello implica desconcentrar el sistema Judicial, Fiscal, Las Procuradurías Públicas de los Gobiernos Regionales, Provinciales y Distritales y la Defensoría Pública en Materia Penal; y llevarlo al área donde está concentrado todo el enclave minero, es decir, la zona del llamado “corredor minero”.

Implementando además, una Fiscalía Especializada en Materia Ambiental (FEMA); un Juzgado de Investigación Preparatoria y centros de asistencia legal penal especializados en materia ambiental; en el centro nodal de la actividad minera que es el distrito de Huepetuhe, con competencia en los distritos de Madre de Dios, Manu e Inambari; donde están casi la totalidad de las operaciones mineras ilegales e informales y comprende territorialmente –como hemos señalado-, el denominado “Corredor Minero” establecido en virtud de la tercera disposición complementaria final del decreto legislativo 1100, y comprende alrededor de 498,296 Hectáreas y es un área permitida para la actividad minera. Así mismo, estos órganos de justicia penal ambiental deben contar con magistrados titulares probos nombrados desde Lima para evitar los conflictos de intereses como el caso del magistrado John Rosel Hurtado Centeno, Ex Presidente de la

Corte Superior de Justicia de Madre de Dios que fue destituido por su vinculación a la minería ilegal.

En esa misma línea argumentativa, y considerando la realidad y dificultades de acceso que implica la geografía de Madre de Dios, se requieren fiscales que puedan surcar rápidamente los ríos de la región, que puedan caminar en el monte, subir por las quebradas, ensuciarse los zapatos con los relaves mineros o llegar a los campamentos mineros en motocicletas en medio de la frondosa vegetación; es decir, debemos desterrar los “fiscales de escritorio” y optar por fiscales comprometidos con la punición in situ de los delitos ambientales y de minería ilegal. Complementariamente se requiere fortalecer a los operadores de justicia con mayores recursos humanos, financieros y logísticos; y apelar al uso de tecnologías de la información.

En suma, en el Perú hay muchas instituciones encargadas de combatir la minería ilegal: las Fiscalías Especializadas en materia ambiental (FEMAs), la Policía, DICAPI, SUNAT, el Ministerio del Ambiente, el OEFA, los gobiernos regionales, el Alto Comisionado en Asuntos de la Lucha contra la Minería Ilegal, etc. El problema es que no todas trabajan de forma coordinada. La contención de la violencia punitiva ambiental no es una tarea exclusiva y excluyente del Ministerio Público. La potestad punitiva del estado debe involucrar a todos los operadores del Sistema de Justicia Penal de manera coordinada desde una visión de gobierno electrónico, es decir, implementar eso que la Ministra de Justicia y Derechos Humanos, Dra. Marisol Pérez Tello llama una “justicia electrónica”.

### **3.2.2. LAS BARRERAS DE ACCESO A LA JUSTICIA PENAL AMBIENTAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE MADRE DE DIOS**

Nuestra investigación asume la premisa de que en el ámbito del Distrito Judicial de Madre de Dios existen restricciones, limitaciones o barreras que impiden el acceso a una Justicia Penal Ambiental eficaz; entendida esta como la efectividad en el amparo de los derechos sustanciales, es decir, que los delitos ambientales y de minería ilegal; puedan ser procesados, juzgados y sancionados de manera efectiva para no generar impunidad.

En general, existe en dicha región una frustración generalizada de los agraviados ante la impunidad y la falta de resarcimiento de los daños y perjuicios generados por la

violencia punitiva ambiental; aunado a ello el lastre histórico del retardo en la administración de justicia y la pasividad de los operadores del sistema de justicia penal ambiental para encarar la alta tasa de criminalidad que hoy impera en la Región Madre de Dios.

Esta situación, contrasta con lo dispuesto en el art. IV del Título Preliminar de la Ley General del Ambiente, Ley 28611; que en relación al derecho de acceso a la justicia ambiental precisa que: *“Toda persona tiene el derecho a una acción rápida, sencilla y efectiva, ante las entidades administrativas y jurisdiccionales, en defensa del ambiente y de sus componentes, velando por la debida protección de la salud de las personas en forma individual y colectiva, la conservación de la diversidad biológica, el aprovechamiento sostenible de los recursos naturales, así como la conservación del patrimonio cultural vinculado a aquéllos. Se puede interponer acciones legales aun en los casos en que no se afecte el interés económico del accionante. El interés moral legitima la acción aun cuando no se refiera directamente al accionante o a su familia”*.

En Madre de Dios, esta “acción rápida, sencilla y efectiva” que preconiza la norma aludida resulta siendo una vana ilusión; y más aún en materia penal, pues existen serias barreras que impiden el acceso a una justicia penal ambiental eficaz, cuyo análisis son materia del presente capítulo.

### **3.2.2.1. LA INDEFENSION DE LAS COMUNIDADES NATIVAS COMO RESTRICCIÓN DE ACCESO A LA JUSTICIA PENAL AMBIENTAL.**

Respecto a la vulneración de los derechos económicos, sociales y culturales (DESCs), de las comunidades nativas por las actividades de la minería aurífera. La Federación Nativa del Rio Madre de Dios y Afluentes (FENAMAD), organización que representa a todas las comunidades indígenas de la región Madre de Dios y en un manifiesto emitido el 14.09.2000, precisa que: *“...desde el inicio de la migración minera a Madre de Dios hemos visto como desaparecen nuestros bosques convirtiéndose en áridos desiertos de grava, piedras y arena; como se secan los ríos convirtiéndose en caminos de areniza del relave; y como disminuyen la fauna y la flora que han sido siempre nuestros recursos de subsistencia”*.



Luego agrega: ” *Para subastar las tierras al mejor postor, la legislación minera las ha dividido en cuadrículas de cien hectáreas cada una. Estas tierras incluyen los territorios indígenas. Con ello se amplió la frontera de explotación minera agravándose la situación de los pueblos indígenas pues en las concesiones mineras que están dentro de nuestros territorios los mineros atropellan nuestros derechos cuando no respetan nuestros cultivos, viviendas e infraestructura de servicios básicos*”

Lo anterior, reseña los conflictos socio ambientales que ha generado la minería aurífera en tierras de las comunidades nativas, conflictividad que ha venido agudizándose y en muchos casos son resueltos por acción directa, es decir con la expulsión de los mineros de los territorios comunales; pero lo más grave es que las Comunidades nativas, no encuentran tutela jurisdiccional efectiva; lo cual es corroborado en el manifiesto al que hacemos alusión, y en el cual sostienen que: “...*estos hechos están produciendo enfrentamientos y denuncias. En general, las autoridades policiales y fiscales apoyan a los mineros respaldando acusaciones y demandas contra los indígenas por delitos contra el cuerpo y la salud, apropiación ilícita, robo agravado, usurpación de tierras, incitación al terrorismo, etc.; y ofreciendo garantías a los mineros. Con este apoyo, algunos mineros han reingresado a los territorios comunales con violencia, amenazando con atentar contra la vida de los indígenas pues aducen haber sido autorizados por las autoridades...*”

Lo expresado en el manifiesto de la FENAMAD, grafica claramente que las comunidades nativas tienen serias restricciones para acceder a la Justicia Penal Ambiental y se encuentran sumidos en un estado de indefensión ante el accionar de los mineros ilegales/informales. En la actualidad, la conflictividad entre mineros y comunidades nativas se ha agudizado y el problema de la “superposición” de concesiones mineras en territorios comunales no ha sido resuelto, pues estos constituyen derechos adquiridos. No obstante ello, La FENAMAD, ha logrado la suspensión de nuevos petitorios mineros en la región Madre de Dios.<sup>57</sup>

En esa misma línea explicativa, “...*por acceso a la justicia entendemos el conjunto de atribuciones que asisten a toda persona, sin distinción de ninguna índole, para contar con asesoría legal (...) durante el curso de un proceso judicial, alterjudicial o administrativo del que sea parte o en el que tenga legítimo interés, y, en general con*

<sup>57</sup> Véase: El Decreto Supremo N° 019-2009-EM y el Decreto de Urgencia N° 012-2010-MINAN.

*todos los recursos necesarios para lograr una efectiva tutela judicial, alterjudicial o administrativa de sus derechos, y una defensa justa (...).*<sup>58</sup>

En este orden de ideas, es necesario precisar también que: “...existe una diferencia entre acceso a la justicia (capacidad de recurrir al sistema judicial en sentido amplio) y acceso a justicia (posibilidad de obtener una solución justa sobre la controversia). Ambos son conceptos distintos entre sí, más a la vez complementarios: ¿Qué sentido tiene propugnar mejores oportunidades de acceso a la justicia si esta no ofrece soluciones justas? ¿De qué sirve una justicia que es justa, pero a la vez inaccesible?”<sup>59</sup>

Por otro lado, también debemos precisar cuándo nos encontramos en una situación de indefensión. Siguiendo a Schiappa Pietra Oscar: “...entendemos por indefensión la situación de una imposibilidad personal de lograr por medios judiciales, alterjudiciales o administrativos, la protección de los derechos o libertades de los que se es titular, o de apelar a todos los recursos legalmente hábiles de defensa dentro de un proceso en el que se es parte o inculgado...”.<sup>60</sup>

Con base a lo anterior, podemos agregar que el acceso a la justicia no es solo un derecho fundamental, sino también una necesidad humana. Por consiguiente, la indefensión puede ser considerada como una de las carencias inherentes a una situación de pobreza. En Madre de Dios y en particular en la Cuenca Aurífera que abarca la zona minera, el índice de desarrollo humano (IDH)<sup>61</sup> es sumamente bajo y en ella coexisten pobreza, indefensión y por tanto, difícil acceso a la justicia. La minería ilegal/informal no ha logrado impulsar el desarrollo de dicha Región y por el contrario es un factor que genera conflictividad social.

Por otro lado, y en el caso específico del acceso a la justicia penal ambiental podemos afirmar que las restricciones de acceso se agudizan debido al interés difuso en el amparo de los derechos colectivos como el medio ambiente. La legitimación activa otorgada a las comunidades nativas y a particulares para denunciar delitos ambientales; si bien es correcta, es de difícil aplicación, pues las personas legitimadas no puede asumir el costo de los informes especializados, los costos exorbitantes de los peritajes, la

<sup>58</sup> Schiappa Pietra Oscar: “El Problema del Acceso a la Justicia en el Perú” Pág. 20.

<sup>59</sup> Ibid. Ob.Cit. pág. 21

<sup>60</sup> Ibid. Ob.Cit. pág. 21

<sup>61</sup> El índice de Desarrollo humano (IDH), desarrollado por el PNUD, es un indicador más certero para medir los niveles de pobreza. Véase: PNUD: “Informe sobre desarrollo Humano, Perú 2009, Parte II, Una visión desde las cuencas”



especialización de los abogados y otros costos procesales para acreditar la vulneración al medio ambiente; así mismo, tiene que lidiar con el poder económico de los mineros y el propio estado. Esta asimetría, lo hace desistir de acudir a la Tutela Jurisdiccional Efectiva y postular el amparo de un interés difuso.

Ello, es así porque: *“Debemos recordar que las personas que normalmente son afectadas en sus derechos ambientales no tienen las condiciones económicas suficientes para poder hacer frente a un proceso judicial. En tal sentido, un tercero ajeno al problema no pensara iniciar un juicio, vía intereses difusos, cuando ni siquiera es directamente afectado con el daño ambiental causado”*.<sup>62</sup>

Por consiguiente, *“Estos problemas de índole procesal y real conllevan a que los procesos de amparo en defensa de procesos ambientales pocas veces prosperen o sean considerados “un lujo” para los ciudadanos. Bajo esta perspectiva, difícilmente podría hablarse de una defensa efectiva y real de estos derechos”*.<sup>63</sup>

De lo afirmado hasta aquí, podemos concluir que la precariedad económica de las comunidades nativas les genera indefensión y por consiguiente es una seria barrera de acceso a la justicia penal ambiental; situación que se agudiza por el interés difuso que implica la legitimación activa en la defensa del bien jurídico tutelado medio ambiente.

Por ello, resulta crucial que la legitimación activa en la denuncia de delitos ambientales y de minería ilegal sea asumida preferentemente por el ministerio público y las procuradurías de las entidades públicas vinculadas a la protección de la biodiversidad; y cuya labor debe realizarse de manera desconcentrada, asumiendo una visión sistémica e integral, tomando en cuenta el carácter multiétnico y pluricultural de la región; y priorizando aquellos lugares de la zona aurífera donde los delitos son más recurrentes y casi nula la presencia del estado.

### 3.2.2.2. LAS LEYES AMBIENTALES PENALES EN BLANCO

El Artículo 149° de la Ley General del Ambiente, ley 28611, establece que: *“La formalización de la denuncia por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del*

<sup>62</sup> Castellano Brunello Fabrizio: “Algunas Reflexiones sobre la problemática de los intereses difusos en defensa del medio ambiente y la acción de amparo” Cuadernos Jurisprudenciales. Gaceta Jurídica. Lima, Marzo, 2003, pág. 22.

<sup>63</sup> Ibid. op.cit. pag. 22.



*Libro Segundo del Código Penal, requerirá de las entidades sectoriales competentes opinión fundamentada por escrito sobre si se ha infringido la legislación ambiental. El informe será evacuado dentro de un plazo no mayor a 30 días. Si resultara competente en un mismo caso más de una entidad sectorial y hubiere discrepancias entre los dictámenes por ellas evacuados, se requerirá opinión dirimente y en última instancia administrativa al Consejo Nacional del Ambiente".*

Sin embargo, esta norma que es el fundamento de las leyes penales en blanco en la tipificación de los delitos ambientales y por consiguiente en el traslado de la carga de la prueba al ámbito administrativo; no puede ser de aplicación absoluta; en nuestro concepto y en el caso específico de los delitos ambientales perpetrados por la minería ilegal/informal en Madre de dios, debe prescindirse de dicho informe técnico en el caso de los delitos de minería ilegal en virtud del principio precautorio preceptuado en el artículo VII de la citada ley y según la cual: *"Cuando haya peligro de daño grave o irreversible, la falta de certeza absoluta no debe utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces y eficientes para impedir la degradación del ambiente"*. Por consiguiente, esperar el informe previo de la autoridad administrativa haría irreversible el daño ambiental; por tanto, la aplicación inmediata de la potestad punitiva del estado en materia penal resulta crucial.

Por otro lado, los estándares de Calidad Ambiental (ECAs.), Límites Máximos Permisibles (LMPs.) y otros estándares o parámetros para el control y la protección ambiental; y en base a los cuales se formulan los informes técnicos; han sido establecidos para la mediana y gran minería; es decir, no existen parámetros exclusivos para la pequeña minería y la minería artesanal. Dichos parámetros no se adecuan a una realidad factual concreta y megadiversa como la región Madre Dios; por consiguiente, los informes técnicos como medio probatorio, no tendrían la fuerza convictiva necesaria para generar certeza en el juez más allá de toda duda razonable; y pueden entonces prescindirse.

Así mismo, tenemos un modelo de gestión ambiental que recae en el Ministerio del Ambiente (MINAM) y las labores de fiscalización en el Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), organismo público adscrito al MINAN que tiene atribuciones para la evaluación, supervisión, fiscalización y sanción sobre los administrados ubicados en los sectores de mediana y gran minería y otros rubros.

La fiscalización ambiental de la pequeña minería y la minería artesanal está a cargo de las entidades públicas de fiscalización ambiental (EFAs.) del ámbito nacional, regional o local, reportando sus acciones al OEFA trimestralmente. En la Región Madre de Dios, esta labor ha sido trasferida a la Dirección Regional de Energía, Minería e Hidrocarburos (DREMH) del Gobierno Regional, este hecho resulta nefasto para reprimir los delitos ambientales, pues la DREMH, no cuenta con los recursos humanos, logísticos y presupuestales para fiscalizar las operaciones mineras y es además el promotor de la actividad minera constituyéndose en Juez y Parte. Tal como sucede en el ámbito de la mediana y gran minería, donde este modelo genera diversos conflictos de interés, pues *“Al ser el Ministerio de Energía y Minas el promotor del desarrollo del sector, puede no tener incentivos para hacer cumplir las normas ambientales, ya que estos pueden constituirse en un obstáculo para el propio sector”*.<sup>64</sup>

En efecto, en el rubro de la mediana y gran minería los estudios de impacto ambiental (EIA) son evaluados y aprobados por la Dirección General de Asuntos Ambientales Mineros (DGAAM) del Ministerio de Energía y Minas, y se ha adoptado la figura de los auditores ambientales o empresas auditoras ambientales quienes deben asegurarse que los operadores mineros cumplan con las obligaciones especificadas en sus estudios de impacto ambiental (EIA).

Pero, a este nivel también existen conflictos de interés, ya que los auditores ambientales son supervisados, autorizados y aprobados por el propio MINEM. De este modo cuando hay una denuncia por delito ambiental, el informe técnico que es un requisito de procedibilidad para iniciar la acción penal, es formulado por estas empresas auditoras ambientales, que a su vez, en la práctica son clientes de las empresas mineras denunciadas y por tanto dichos informes técnicos resultan siendo discutibles.

De lo reseñado hasta aquí, debemos precisar cuál es el órgano competente para emitir el informe técnico en el caso de una vulneración a la norma ambiental que podría generar la pequeña minería y la minería artesanal. Como ya se ha analizado, el numeral 149.1 del artículo 149° de la Ley General del Ambiente, Ley 28611, dispone que en las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, antes del pronunciamiento del

<sup>64</sup> Glave Manuel: En *“Minería Verde”* Rev. Business. Lima, Setiembre, 2003, pág. 26.

fiscal provincial o fiscal de la investigación preparatoria en la etapa intermedia del proceso penal.

Lo anterior ha sido reglamentado mediante el D.S. N° 009-2013-MINAM, y en el cual se determina en el numeral 2.1; que la autoridad administrativa ambiental responsable de la elaboración del informe fundamentado, a la que hace referencia el numeral 149.1 del artículo 149° de la Ley N° 28611, Ley General del Ambiente, es la Entidad de Fiscalización Ambiental (EFA) Nacional, Regional o Local que ejerza funciones de fiscalización ambiental, respecto de la materia objeto de investigación penal en trámite.

En esta misma norma se precisa en el numeral 4.1 que el informe fundamentado solo se requiere en el marco de la investigación penal de los delitos tipificados en los Capítulos I (Delitos de Contaminación) y II (Delitos contra los Recursos Naturales) del Título XIII del Libro Segundo del Código Penal. Dicho informe elaborado por la autoridad administrativa ambiental podrá ser incorporado como prueba documental en el proceso penal. Es decir, se excluye este informe para el caso de los delitos de minería ilegal.

El informe fundamentado deberá ser elaborado y remitido al Fiscal por la autoridad administrativa ambiental competente, dentro de un plazo no mayor a treinta (30) días hábiles, contados a partir del día siguiente de la recepción del requerimiento fiscal mediante oficio. Así mismo, deberá remitir copia del informe fundamentado al Procurador Público Especializado en Delitos Ambientales, para los fines de la defensa jurídica del Estado.

La normativa señalada ha sido incorporada en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1101 y en virtud del cual: *“Son entidades de Fiscalización Ambiental (EFA) (...) los Gobiernos Regionales que han recibido la transferencia de tales funciones en el marco del proceso de descentralización ...”* Por tanto, y para el caso de la pequeña minería y minería artesanal en la Región Madre de Dios, el órgano competente para emitir el informe fundamentado es la EFA de la Dirección Regional de Energía, Minería e hidrocarburos (DREMH) del Gobierno Regional; entidad que no cuenta con los recursos humanos, logísticos y presupuestales para dicha tarea, pues se trata de determinar elementos estrictamente técnicos o científicos para acreditar si el hecho denunciado puede ser objeto de punición. En la práctica, este informe fundamentado deviene en un trámite burocrático rutinario e innecesario que casi nunca llega a la fiscalía y las veces que lo hace concluye que la supuesta contaminación está dentro de los límites máximos



permisibles y por tanto no se configura delito; ante ello, el fiscal tiene que disponer el sobreseimiento de la causa generando con ello impunidad.<sup>65</sup>

En algunos casos aun cuando la autoridad ambiental podría constatar que el vertimiento de relaves mineros a los ríos sobrepasan los actuales límites máximos permisibles para el agua (LMPs) o los nuevos estándares de calidad ambiental (ECAs) para el agua, no se podría sancionar a los mineros porque la autoridad ambiental les daría un plazo para adecuarse a esos nuevos estándares ambientales a través de un programa de adecuación y manejo ambiental (PAMA).

Siguiendo esa misma línea argumentativa, podemos afirmar que para encarar la violencia punitiva ambiental se requieren recursos humanos, financieros e instrumentos técnicos y legales que permitan una fiscalización ambiental expeditiva, oportuna y eficaz; recursos que ciertamente los gobiernos regionales no tienen, pues se les ha transferido competencias, pero no recursos. Por ello, consideramos que el informe técnico legal fundamentado que sustente la acusación fiscal -que es en esencia un peritaje especializado-; sea emitido por el Equipo Forense Especializado en Materia Ambiental (EFOMA), y/o por el Laboratorio Forense Ambiental, del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público; unidades especializadas adscritas a las Fiscalía Especializada en Materia Ambiental (FEMA) dotándolas de capacidad técnica, científica, operativa y legal.

Nuestra afirmación respecto a la ineficiencia de la Entidad de Fiscalización Ambiental (EFA) de la DREMH., focalizada en el ámbito de nuestra investigación, está sustentada en el informe del Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental (OEFA), en la cual se analiza el grado de cumplimiento de los gobiernos regionales respecto de sus obligaciones de fiscalización ambiental a la pequeña minería y minería artesanal, publicación en la cual se afirma que: *“Actualmente, la situación es crítica. Los indicadores demuestran que las funciones de fiscalización ambiental realizadas a la pequeña minería y minería artesanal durante el 2013 han sido desarrolladas de manera deficiente. Esto se debe principalmente al desconocimiento, por parte de la mayoría de los funcionarios y servidores públicos de los gobiernos regionales, de la normativa y los procedimientos técnicos y legales referidos a la fiscalización ambiental minera. Se*

<sup>65</sup> Un tratamiento amplio en relación a la fiscalización de la minería aurífera puede encontrarse en: Proyecto de Reforma del Sector de Recursos Minerales del Perú (PERCAN): “Manual de Procedimientos Mineros y de Fiscalización en Pequeña minería y Minería artesanal para Funcionarios Regionales” MINEM, Lima, Marzo, 2011.

*observa que, por ejemplo, la mayoría de entidades supervisadas no inician procedimientos sancionadores a los administrados que incumplen sus obligaciones ambientales. Asimismo, se ha verificado que la mayoría de las EFA no ejecutan supervisiones a las personas naturales o jurídicas sujetas a formalización, no identifican ni comunican a los órganos competentes la actividad minera que se realiza en zonas prohibidas, no remiten al OEFA los reportes trimestrales de ejecución de acciones de supervisión y fiscalización ambiental, ni llevan a cabo acciones de evaluación ambiental minera”.*<sup>66</sup>

Esta inoperancia de los gobiernos regionales propicia que los mineros ilegales/informales generen pasivos ambientales con total impunidad, vulnerando el derecho fundamental a vivir en un ambiente sano y equilibrado, en la medida que: “(i) sin instrumentos de gestión ambiental no es posible conocer los impactos ambientales que causa la actividad minera; (ii) no se puede prevenir los impactos a través de mecanismos de mitigación o remediación ambiental; y, (iii) se utiliza sustancias contaminantes sin cumplir con los procedimientos requeridos para la protección y el cuidado ambiental”.<sup>67</sup>

Así mismo, en la data temporal de nuestra investigación 2012-2016, la EFA del Gobierno Regional de Madre de Dios, no ha podido identificar a operadores mineros que no cuentan con un Instrumento de Gestión Ambiental Correctivo IGAC., o a aquellos mineros que no han iniciado el proceso de formalización en el marco de lo establecido en el Decreto Legislativo 1105 y menos aún a mineros que operan en áreas naturales protegidas o en tierras de comunidades nativas, lo cual es una negligencia grave, pues este último caso constituye delito de minería ilegal agravada prevista en el artículo 307-B del código penal. Ello explica, porque esta EFA no ha solicitado acciones de interdicción.

El informe al que hacemos alusión, contiene entre otros parámetros un ranking de mayor a menor cumplimiento de las funciones de fiscalización, en una escala de 0 a 20 puntos; el Gobierno Regional de Madre de Dios ocupa el antepenúltimo lugar con 3.36 puntos<sup>68</sup>; lo cual evidencia la inoperancia de esta EFA y confirma nuestra posición de que el informe fundamentado al que hace referencia el artículo 149.1 de la Ley General

<sup>66</sup> OEFA: “Fiscalización a la Pequeña Minería y Minería Artesanal, Informe 2013, Índice de Cumplimiento de los Gobiernos Regionales”, Lima, Mayo, 2014. Págs. 9-10.

<sup>67</sup> Ibid. Ob.cit. pág. 10

<sup>68</sup> Véase: Ibid. Ob.Cit., pag. 25.

del Ambiente, debe ser emitida por una unidad especializada adscrita a las FEMA con capacidad técnica, científica, operativa y atribución legal. De este modo se va a optimizar la labor fiscal en la represión de la violencia punitiva ambiental generada por los mineros ilegales/informales de la Región Madre de Dios.

Sin embargo, nuestro planteamiento no implica que la EFA de la DREMH renuncie a sus atribuciones de fiscalización ambiental, sino más bien, que cumpla sus funciones con eficacia y celeridad. En el caso de la minería aurífera en Madre de Dios, se requiere una autoridad ambiental fiscalizadora única y autónoma, que además, realice una labor concertada con las defensorías, procuradurías, fiscalías, Policía Nacional y juzgados especializados en materia ambiental; todos ellos dotados de recursos humanos, logísticos y presupuestales imprescindibles para realizar una protección ambiental eficaz y oportuna.

En particular se requiere que los fiscales no solo tengan una sólida formación jurídico penal; sino también especialización técnica en temas ambientales y apoyarse en peritos adscritos a las FEMA, es decir, apoyar sus labores de investigación criminal en una unidad especializada de peritos propios que le impida abdicar a la carga de la prueba, trasladando los casos al ámbito administrativo; pues además, nuestra legislación penal no permite la inversión de la carga de la prueba, excepto en el delito de lavado de activos -el acusado es el que prueba su inocencia en virtud de la teoría de la carga dinámica de la prueba-. Este hecho, sería nefasto en la incriminación a los mineros ilegales/informales, pues con el poder económico que ostentan podrían fácilmente acreditar su inocencia y en contrario sensu tampoco se puede admitir que las comunidades nativas impactadas por el accionar de la minería y que están en un estado de indefensión, puedan aportar el acervo probatorio para acreditar la responsabilidad penal de los mineros, porque para ello se requieren recursos financieros que estos no tienen.

Esta asimetría entre el imputado y la víctima es el fundamento para crear una unidad especializada de peritos adscrito a las FEMA, para que emita el informe técnico que sustente la acusación fiscal en los casos de delitos ambientales, prescindiendo de dicho informe en los delitos de minería ilegal en la cual la acusación fiscal debe ser directa cuando se verifique los supuestos de confesión sincera y flagrancia delictiva.



### **3.2.2.3. LA ACCESORIEDAD DEL DERECHO PENAL RESPECTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y EL MECANISMO PROCESAL DE LA CUESTION PREVIA.**

Desde el punto de vista procesal la Ley General del Ambiente en su art. 149, establece que el dictamen de la autoridad sectorial o administrativa constituye un requisito de procedibilidad para las acciones penales ambientales, y lo que es más grave aún es que los tipos penales son leyes penales en blanco, en los que se produce un reenvío de la carga de la prueba al ámbito administrativo, donde casi siempre se concluye que la contaminación se encuentra dentro de los LMPs. y por tanto no se configura delito. La autoridad administrativa minera actúa como juez y parte, pues es la misma que fiscaliza y promueve la inversión minera.

En suma, el derecho penal ambiental tiene un rol secundario, en el sentido que corresponde a las normas no penales el papel primario en su protección, y es además accesorio en cuanto a que su función tutelar solo puede realizarse en función de la normativa administrativa, que de modo principal y directo regula y ampara la justicia ambiental, y en muchos casos no es posible la sanción penal en aplicación del principio constitucional del *ne bis in ídem*, siempre que se configure el principio de triple identidad.

Por otro lado, la cuestión previa es un mecanismo de defensa procesal penal regulado en el artículo 4.1 del Código Procesal Penal y procede cuando el Fiscal decide continuar con la investigación preparatoria omitiendo un requisito de procedibilidad explícitamente previsto en la ley. Si el órgano jurisdiccional lo declara fundado se anulara lo actuado y el caso será remitido al ámbito administrativo. En los delitos ambientales, este requisito de procedibilidad está incorporado implícitamente en el artículo 149.1 de la Ley General del Ambiente, Ley 28611, el cual dispone que en las investigaciones penales por los delitos tipificados en el Título Décimo Tercero del Libro Segundo del Código Penal, será de exigencia obligatoria la evacuación de un informe fundamentado por escrito por la autoridad ambiental, en nuestro caso la EFA del Gobierno Regional de Madre de Dios a través de la Gerencia Regional de Energía, Minería e Hidrocarburos DREMH.

Este mecanismo procesal –cuestión previa- es un obstáculo para incriminar un delito ambiental, pues si se declara fundado el caso es derivado a la autoridad administrativa

cuya inoperancia como se deriva del análisis realizado resulta manifiesta y por consiguiente genera impunidad. Consideramos que esta accesoriedad del derecho penal respecto al derecho administrativo resulta discutible, pues en los delitos ambientales que son pluriofensivos y de grave afectación al interés público, el derecho penal no puede ser necesariamente la última ratio.

En suma, la cuestión previa es un mecanismo dilatorio en la punición de los delitos ambientales redactados bajo la técnica de la ley penal en blanco como es el caso del artículo 304 del Código penal, en donde se establece como elemento objetivo del tipo para que se configure el delito, que el agente haya infringido una ley, reglamento o norma de carácter administrativo y se requiere por tanto el pronunciamiento previo de la autoridad administrativa mediante un informe documentado que acredite que se ha conculcado la norma ambiental. En estos casos debe respetarse la preeminencia del derecho administrativo sobre el derecho penal.

De este modo, la carga de la prueba que es potestad del Fiscal, se traslada al ámbito administrativo, ámbito en el cual predomina el más antiecológico de los principios: “El que contamina paga” y entonces los operadores mineros adquieren una especie de patente de contaminación y pagan una multa con el cual jamás se podría compensar la dimensión devastadora del daño ambiental. Por consiguiente, se hace necesario revisar la aplicación de la cuestión previa en los delitos ambientales.

No obstante, debe aplicarse mecanismos idóneos para que el informe fundamentado de la autoridad ambiental administrativa sea emitido con la celeridad que la pretensión punitiva exige y en todo caso, se debe sancionar penalmente y con inhabilitación al funcionario público que por negligencia inexcusable o por haber faltado a sus obligaciones funcionales no emita dicho informe en el plazo y la forma que la ley señala.

En síntesis, debemos precisar que la preeminencia del derecho administrativo respecto al derecho penal solo debe asumirse en el caso de los delitos ambientales en los cuales se requiere solvencia probatoria, es decir, el informe documentado de la autoridad ambiental; igual criterio debe adoptarse en la aplicación de la cuestión previa como mecanismo de defensa procesal penal. En el delito de minería ilegal y para efectos de la incriminación debe prescindirse de dicho informe técnico en virtud del principio precautorio y la acusación fiscal debe ser directa cuando se verifiquen los supuestos de

confesión sincera y flagrancia delictiva, es decir, debe primar el derecho penal como mecanismo de contención de la violencia punitiva ambiental. En estos casos la cuestión previa debe ser desestimada porque su postulación devendría en un subterfugio dilatorio.

#### **3.2.2.4. LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA COMO JUEZ Y PARTE**

De otro lado, consideramos que otra manifestación del mal proceder del Estado -en opinión del graduando-, frente a la problemática de la minería ilegal en el Perú, es aquel referido a la renuncia del control de la minería ilegal en el Perú por parte del Sector Ambiente, limitándose solo ahora a tratar las cuestiones referidas a las Áreas Naturales Protegidas (ANPs), estando ahora el control directo de la Minería ilegal a cargo del Ministerio de Energía y Minas, tal circunstancia se deriva de la Comunicación de Pueblos Andinos expedida por el Ministerio del Ambiente, donde se precisa que su competencia solo se limita al sector de las ANPs, tal como podemos apreciar de los siguientes documentos:





 **PERU** Ministerio del Ambiente Despacho Ministerial

"Año de la Consolidación del Mar de Grau"  
"Decenio de las Personas con Discapacidad en el Perú"

Lima, **10 OCT. 2016**

**OFICIO N° 161-2016-MINAM/DM**

Señora:  
**MARIA ELENA FORONDA FARRO**  
Presidenta de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología.  
**Ecología.**  
**Presente.-**

**Asunto:** Respuestas a las preguntas planteadas

**Referencia:** Oficio N° 085-2016-2017-CPAAAAE-CR  
Informe N° 01-2016-MINAM/GA



Tengo el agrado de dirigirme a usted para saludarla y, al mismo tiempo, dar respuesta al Oficio de referencia, por el cual se solicita que se absuelvan las preguntas planteadas por los congresistas en la tercera sesión de la Comisión de Pueblos Andinos, Amazónicos y Afroperuanos, Ambiente y Ecología.

En tal sentido, cumplo con remitirle el Informe de la Jefatura del Gabinete de Asesores del Ministerio del Ambiente, que da respuesta a las preguntas planteadas, elaborado en conjunto con el Viceministerio de Gestión Ambiental, el Viceministerio de Desarrollo Estratégico de Recursos Naturales.

Sin otro particular, hago propicia la ocasión para expresarle los sentimientos de mi especial consideración.

Atentamente,

  
**Elsa Galarza Contreras**  
Ministra del Ambiente



**SEGUIMIENTO DOCUMENTARIO**

Registro: 294

Derivado a: E. FORONDA

Fecha: 12/10/2016

Detalle de la atención:

- Pasar en conocimiento a los señores, vía electrónica.

- Archivar.

*A*

Al respecto tenemos que según la Ley N° 1013 Ley de Creación del Ministerio del Ambiente, prescribe entre sus objetivos lo siguiente:

- “Asegurar el cumplimiento del mandato constitucional sobre la conservación y el uso sostenible de los recursos naturales, la diversidad biológica y las áreas naturales protegidas y el desarrollo sostenible de la Amazonía.*
- Asegurar la prevención de la degradación del ambiente y de los recursos naturales y revertir los procesos negativos que lo afectan.”*<sup>69</sup>

Siendo ello así, no resulta comprensible el hecho de que el MINAM no haya participado de forma activa en la redacción y posterior emisión del Decreto Legislativo N° 1293, que modifica el Decreto Legislativo N° 1105, modificando el nombre del proceso de

<sup>69</sup> Decreto Legislativo N° 1013

formalización existente y denominándolo como el Proceso de Formalización Minera Integral, máxime si ni siquiera el Ministro del Ambiente refrendo con su firma el referido dispositivo legal -Decreto Legislativo N° 1293-.

En contraste el Decreto Legislativo N° 1105 al tratar cuestiones relativas a los impactos medioambientales producto de la minería ilegal, si incluyó la participación del Sector Ambiente, e inclusive tuvo la firma del entonces Ministro del Ambiente Pulgar Vidal, hecho que no concuerda con lo acontecido en el Decreto Legislativo N° 1293, encontrándonos por tanto no solo ante un error de forma, sino la omisión o renuncia de las competencias conferidas por Ley a las Autoridades Medio Ambientales en nuestro País, específicamente del MINAM. Lo mismo ocurre en el caso del Decreto Legislativo N° 1351, sobre la exoneración de responsabilidad penal que el legislador ha creído conveniente incluir en delito de minería ilegal, tema que al tratarse de minería ilegal, causante de grandes impactos medio ambientales en nuestro país, debería ser competencia del MINAM; sin embargo, no solo este sector no participó activamente, sino que la expedición de este último decreto, tampoco incluyó la firma de la titular del ambiente.

Ahora bien, pero lo más grave es la renuncia-entiéndase por mandato de la ley- del Sector Ambiente a la regulación del nuevo Instrumento de Gestión Ambiental y Fiscalización respecto al proceso de formalización de la pequeña minería y minería artesanal (IGAFOM) creado además por el Decreto Legislativo N° 1336, y quedando restringida su aplicación al Ministerio de Energía y Minas, desterrando una vez más la participación del Ministerio del Ambiente, cuyo ámbito aplicativo ha sido preponderante desde el origen de los Instrumentos Ambientales respecto a actividades productivas como la minería, que involucren el aprovechamiento de recursos naturales y el posible perjuicio del medio ambiente, sin embargo se ha procedido de la siguiente manera:

### **Artículo 3.- Requisitos para la culminación de la Formalización minera integral**

3.1 La formalización minera integral, puede ser iniciada o continuada, según sea el caso, por el sujeto inscrito en el Registro Integral de Formalización Minera que realiza su actividad cumpliendo con lo siguiente:

1. Aprobación del Instrumento de Gestión Ambiental y Fiscalización para la Formalización de Actividades de Pequeña Minería y Minería Artesanal – IGAFOM o del Instrumento de Gestión Ambiental Correctivo cuando corresponda.

2. Acreditación de Propiedad o Autorización de Uso del Terreno Superficial.

3. Acreditación de Titularidad, Contrato de Cesión o Contrato de Explotación respecto de la concesión minera.

3.2 No será exigible la presentación del Certificado de Inexistencia de Restos Arqueológicos, siendo suficiente la presentación de una Declaración Jurada sujeta a fiscalización posterior por parte del Ministerio de Cultura.

Además de lo señalado en el párrafo anterior, el Ministerio de Cultura tiene acceso al mecanismo de la Ventanilla Única que contiene la información del Registro Integral de Formalización Minera.

3.3 La Dirección y/o Gerencia Regional de Energía y Minas, o quien haga sus veces, emite, de corresponder, la autorización de inicio o reinicio de actividades mineras de explotación y/o beneficio de minerales y/o título de concesión de beneficio, considerando el cumplimiento de los requisitos citados en el presente artículo.

3.4 Los requisitos a que se refiere el presente artículo, pueden ser tramitados o acreditados de manera simultánea.

3.5 El Ministerio de Energía y Minas establece mediante Decreto Supremo, en un plazo máximo de sesenta (60) días calendario, contados a partir de la vigencia del presente Decreto Legislativo, las disposiciones complementarias referidas a los numerales 2 y 3 del párrafo 3.1 del presente artículo, así como de la autorización de inicio o reinicio de actividades mineras de explotación y/o beneficio de minerales y/o título de concesión de beneficio.

Pero entonces surge la pregunta -además del problema competencial-, ¿Qué problema se tiene en que sea el Ministerio de Energía y Minas el encargado de regular la Minería Ilegal y los Instrumentos de Gestión Ambiental en el Perú? Pues la respuesta a esa pregunta, está íntimamente ligada al subtítulo del presente acápite, el término Juez y Parte, es aquel utilizado cuando en una misma persona, autoridad o institución concurren o coinciden dos calidades antagónicas, es evidente que el juzgador quien es el encargado de impartir justicia en un proceso jurisdiccional, no puede ser de ninguna



manera al mismo tiempo el procesado, tratándose de un proceso penal- o en todo caso los litigantes intervinientes, demandante o demandado, tratándose de un proceso civil. Siendo ello así tal como hemos indicado en ítems anteriores del presente trabajo y tal como fluye del propio tipo penal de minería ilegal y más específicamente el delito de contaminación ambiental. Estos delitos requieren además de los elementos objetivos y subjetivos del tipo penal, exigen también la calificación de la autoridad ambiental competente, respecto a los alcances del daño ambiental ocasionado y de los impactos producidos con motivo de la contaminación ambiental, así como el caso de la minería ilegal, en ambos supuestos, la autoridad ambiental era la encargada de emitir un dictamen técnico especializado, que serviría de base al Ministerio Público y posteriormente al Juzgado a efectos de investigar y de ser el caso sancionar este tipo de delitos, caso contrario el imputado o cualquier interesado podría deducir una cuestión previa, exigiendo que previamente sea la autoridad administrativa la que determine los alcances del perjuicio ambiental.

Ello, antiguamente a la promulgación del último paquete legislativo expedido por el actual gobierno entre los meses octubre de 2016 hasta enero de 2017, era menester del Sector Ambiente-entiéndase MINAM y otras dependencias- lo que en aquel entonces obedecía a la ley y al derecho; empero ello, con las nuevas disposiciones ejecutivas - último paquete legislativo-, será el Ministerio de Energía y Minas y sus distintas dependencias quienes actuarán como dirimientes dictaminadores (Juez), en caso de controversia de contaminación ambiental y minería ilegal, hasta ahí pareciera que se trata solo de un conflicto de competencias, nada más lejos de la realidad, veamos.

En nuestro País, la aprobación y otorgamiento de concesiones mineras a nivel nacional, se encuentra a cargo del Ministerio de Energía y Minas, desde siempre la autoridad minera ha controlado y autorizado el otorgamiento de concesiones mineras, así como su revocatoria y caducidad. Actualmente con la regulación agregada que se le da sobre los Instrumentos de Gestión Ambiental como el IGAFOM, se le da todavía mucho más control respecto al otorgamiento de concesiones y más ampliamente respecto al Proceso Integral de Formalización. Es decir, que es el Ministerio de Energía y Minas el encargado de calificar y otorgar los títulos mineros en el Perú, para que eventualmente regule su vigencia, su revocatoria o caducidad; así como de dirigir y controlar el proceso de formalización antes referido. Así entonces, anteriormente, de surgir algún

conflicto respecto al proceso de obtención del título de concesión minera, o alguna irregularidad con el proceso de formalización respecto a algún titular en particular, era la autoridad ambiental la encargada de dirimir estos asuntos, y de ser el caso colaborar con la acción jurisdiccional, posterior al procedimiento administrativo, existiendo así un correcto balance entre los poderes constituidos de nuestro país en materia ambiental. Por ello, siendo que ahora es el propio Ministerio de Energía y Minas aquel encargado de calificar los alcances de una eventual irregularidad en el proceso de formalización, o en todo caso la naturaleza del daño ambiental ocasionado con motivo del ejercicio ilegítimo de un derecho, como vendría a ser el caso de la contaminación ambiental o más concretamente de la minería ilegal, entonces nos preguntamos: ¿Quién controla al controlador? En síntesis, el Ministerio de Energía y Minas actúa como Juez y Parte en materia ambiental en nuestro país.

### 3.2.2.5. EL ESTADO COMO PROPICIADOR DE IMPUNIDAD

Previamente al análisis de esta segunda intención del Estado peruano por combatir a la Minería Ilegal y fomentar la formalización masiva de esta actividad, debemos precisar en qué consiste precisamente este segundo paquete legislativo. Esta “remontada” normativa del Gobierno, se inició con fecha 29 de octubre de 2016 donde el Gobierno del actual Presidente de la República Pedro Pablo Kuczynski promulgó el Decreto Legislativo N° 1244, referido al fortalecimiento de la lucha contra el crimen organizado, incluyendo al delito de minería ilegal, como uno de esta naturaleza, lo cual por supuesto es acertado y palusible. La promulgación de este Decreto Legislativo fue el inicio de una serie de normas destinadas al mismo fin, combatir la minería ilegal y fomentar la formalización minera en nuestro País, sin embargo una serie de disposiciones posteriores, que conforman además este segundo Paquete Legislativo, contribuirán sustancialmente a la generación de Impunidad respecto a la comisión del delito de minería ilegal en el Perú, dejando las puertas abiertas a la ilegalidad y consiguiente impunidad. Para ello, tenemos un breve recuento de las normas anteriormente señaladas, cuestionadas además una a una, en el presente trabajo de investigación:

DECRETO LEGISLATIVO	CONTENIDO	Y
	CUESTIONAMIENTOS	
D.L. N° 1244	Fortalece la lucha contra el crimen	

	organizado. Incorpora el delito de minería ilegal dentro de la modalidad de crimen organizado.
<b>D.L. N° 1293</b>	Se declara de interés nacional la formalización de la pequeña minería y la minería artesanal. Abre nuevamente la inscripción a los nuevos sujetos mineros, por un plazo de 120 días. También surge la posibilidad de que también puedan registrarse titulares mineros que anteriormente hubiese estado laborando en zonas de exclusión minera.
<b>D.L. N° 1320</b>	Modifica la Ley General de Minería, concediendo un plazo mayor a los concesionarios inactivos de 20 a 30 años.
<b>D.L. N° 1336</b>	Trata el tema de la “Formalización de la Minería Informal”. Faculta nuevamente a los operadores informales, la utilización de maquinaria pesada como cargadores frontales, retro excavadoras y otros, sin importar el tamaño que tenga, su volumen o su capacidad.
<b>D.L. N° 1351</b>	Modifica el Código Penal respecto al tipo penal de Minería Ilegal. Estableciendo en una disposición final que se exceptúa de la comisión de este delito a aquellos que se incorporen al novísimo Registro Integral de Formalización Minera, y a aquellos que no haya conseguido formalizarse por negligencia de los funcionarios.



Al respecto debemos señalar en primer lugar que, con el Decreto Legislativo N° 1102, es que se estableció por primera vez en el Perú, el tipo penal de Minería Ilegal, iniciando así la lucha contra este fenómeno económico, social y jurídico, y coadyuvando sustancialmente en la formalización de los mineros informales y excluyendo de este proceso a la minería ilegal.

Tal suceso, hizo que al mes de enero del 2017 y según Informe de la Procuraduría del Ministerio del Ambiente –citado en el informe técnico del ex Ministro del Ambiente Manuel Pulgar Vidal denominado *“Perdonando el delito y retrocediendo en el intento”*-, actualmente existen 1980 procesos sobre Minería Ilegal a nivel nacional, empero solo se han dictado 180 sentencias en su mayoría absolutorias.

Pese a las constantes presiones políticas y sociales para que se retirase este tipo penal de nuestro Ordenamiento jurídico penal, pese a ello se siguió adelante con la persecución de este delito. Las normas actuales flexibilizan los requisitos para la formalización para incorporar a los mineros informales, pero se continúa con la represión a la minería ilegal, consideramos esto como un avance significativo en la lucha en favor de la erradicación de la minería ilegal en nuestro País. Así el Decreto Legislativo N° 1244 expedida recientemente por el Gobierno del Presidente Pedro Pablo Kuczynski, que dispone entre otras cosas, la inclusión del Delito de Minería Ilegal dentro del rubro de delitos calificados como delitos de Crimen Organizado, específicamente en el artículo 3 inc. 15 del referido Decreto Legislativo; resulta siendo un avance muy importante en favor de la lucha contra la minería ilegal en nuestro País.

Por otro lado, el Decreto Legislativo N° 1351, expedido con fecha 07 de enero de 2017, no hace sino redefinir el tipo penal de minería ilegal prescrito inicialmente por el Decreto Legislativo N° 1102 descrito anteriormente-aunque este haga más bien referencia la D.L. N° 1105-, modificando así el artículo 307-A de nuestro Código Penal, específicamente sobre la tipicidad del ilícito en cuestión.

En primer término, la modificación del referido artículo pasa por la incorporación de un párrafo adicional al texto original, agregado que señala lo siguiente respecto a quienes les es aplicable el tipo penal de minería ilegal, específicamente a quienes se encuentren:

“(…) fuera del proceso de formalización”. Lo cual en mi opinión es una decisión acertada, puesto que el tipo penal debe estar orientado solo a aquellos que no cuentan con autorización o que en todo caso no han iniciado con el debido trámite para obtenerlo. Hasta ahí considero un acierto del legislador.

Empero ello, posteriormente líneas más abajo del Decreto Legislativo N° 1351 se plantea una excepción a la comisión de este delito, y se genera nuevamente el debate sobre la Impunidad que hoy reclamamos; dicha excepción esta contenida en la Disposición Complementaria Final que a su letra señala:

***“(…) Disposición Complementaria Final***

***Única.- Exención de responsabilidad penal***

*Están exentos de responsabilidad penal por la comisión del delito de minería ilegal establecido en el artículo 307-A, quienes se encuentren en los siguientes supuestos:*

- a. El sujeto de formalización minera que no logra la autorización final de inicio o reinicio de operaciones mineras por culpa inexcusable o negligente del funcionario a cargo del proceso de formalización.*
- b. El agente de los delitos de minería ilegal, que se inserte al Registro Integral de Formalización Minera, dentro del plazo establecido en el numeral 4.2. del artículo 4 del Decreto Legislativo N° 1293.”*

Esta inexplicable exoneración, en nuestro concepto, exime de responsabilidad penal a aquellos que se encuentren en los dos supuestos que señala la ley, en primer lugar aquellos que se inscriban dentro del plazo otorgado por ley- en el Registro Integral de Formalización Minera, registro creado por el actual gobierno-; y en segundo lugar a aquellos que no haya podido concluir el trámite de su formalización por culpa inexcusable o negligencia del o los funcionarios a cargo del referido proceso de formalización.

Al respecto debemos manifestar nuestro total desacuerdo con lo establecido por este dispositivo, pues estas modificaciones, y en específico esta exoneración de responsabilidad penal, sin duda alguna generara mayor impunidad y desasosiego en la comunidad jurídica en general, sobre todo porque en la práctica se estaría regularizando el delito y se estaría eximiendo a los autores de estos hechos lamentables; pues este supuesto de exclusión de responsabilidad penal no solo se aplicaría a aquellos casos que sobrevengan con posterioridad a la promulgación de la ley, sino que en aplicación del principio de retroactividad benigna en materia penal, tal excepción también se aplicaría a los procesados e inclusive a los condenados por este delito, dejando sin efecto los expedientes penales ya judicializados actualmente en vigor jurisdiccional.

En síntesis, la norma aludida abre la posibilidad de incorporar al nuevo proceso de formalización integral a aquellos mineros ilegales que no estaban inmersos en el anterior proceso, lo cual en la práctica los excluye de responsabilidad penal. Constituyendo esta norma una especie de patente de impunidad, pues, la propia norma -Decreto Legislativo N° 1293-, hace referencia a que aquellos que no se hayan podido acoger al proceso de formalización en el año 2012, entonces podrán hacerlo de acuerdo al nuevo dispositivo.

Por lo que solo con demostrar haber iniciado de mínima forma con el proceso de formalización minera integral, se exime por completo de toda responsabilidad penal respecto al delito de Minería Ilegal, para tal efecto, el trámite es sumamente sencillo, basta con ir a la SUNAT y tramitar el RUC en el rubro correspondiente, y automáticamente el minero ilegal/informal está integrado en el nuevo proceso de formalización. Por ello también la SUNAT ha sido dotada de facultades para que desde el 06 de febrero de 2017 reciba la información necesaria para que esta pueda constar en el Registro respectivo.

Adicionalmente a ello, se estaría restando importancia jurídica procesal al delito de Lavado de Activos, toda vez que uno de sus principales delitos fuente, vendría a ser el delito de minería ilegal, esto es, que el dinero que muchas veces ingresa al mercado



formal de nuestra economía nacional a través de actos de conversión o transformación, es aquel que proviene de la comisión del delito de minería ilegal, que vendría a ser el delito fuente que hay que acreditar para configurar el delito de lavado de activos.

Tal circunstancia se vería aún agravada, puesto que tal como se desprende del contenido de dichos dispositivos, aquellas personas que se encuentren inmersas en el proceso de formalización integral no sufrirán más la persecución penal de estos delitos, lo cual se traduce en impunidad, por lo menos hasta el año 2020, fecha en la cual culmina el nuevo proceso de formalización integral. Por otro lado, la norma en comentario, también abre la posibilidad de eximirse de responsabilidad penal alegando negligencia o culpa inexcusable de los funcionarios a cargo del proceso de formalización; lo cual es grave, por cuanto como se ha demostrado en esta investigación, la delegación del proceso de formalización a los gobiernos regionales ha sido un fracaso pues no cuentan con los recursos, logística y presupuesto para asumir el proceso por lo que inevitablemente se propiciara abiertamente la impunidad.

Así entonces, la referida impunidad se sustenta en el desmedro de derechos fundamentales como la salud, la vida, y el derecho fundamental a vivir en un ambiente sano y equilibrado, los mismos que se ven menoscabados por el accionar de una minería ilegal que lejos de erradicarse, parece contar con el aval de normas benignas que impiden su punición.

### 3.2.2.6. LA TUTELA JURISDICCIONAL DE LOS INTERES DIFUSOS

EL código procesal civil vigente define en su art. 82 como intereses difusos: “(...) aquel cuya titularidad corresponde a un conjunto indeterminado de personas, respecto de bienes de inestimable valor patrimonial, tales como la defensa del medio ambiente, de bienes o valores culturales o históricos o del consumidor”

Así mismo, y en relación la tutela de los intereses difusos en su art. 82.2 este mismo código adjetivo precisa que: *“Pueden promover o intervenir en este proceso, el Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, los Gobiernos Locales, las Comunidades Campesinas y/o las Comunidades Nativas en cuya jurisdicción se produjo el daño ambiental o al patrimonio cultural y las asociaciones o instituciones sin fines de lucro*

*que según la Ley y criterio del Juez, este último por resolución debidamente motivada, estén legitimadas para ello. Las Rondas Campesinas que acrediten personería jurídica, tienen el mismo derecho que las Comunidades Campesinas o las Comunidades Nativas en los lugares donde éstas no existan o no se hayan apersonado a juicio”.*

Por otro lado, el NCPP en su artículo 94.4, establece un mecanismo adecuado de tutela de intereses difusos al considerar como agraviados a las asociaciones, preceptuando que: *“Las asociaciones en los delitos que afectan intereses colectivos o difusos, cuya titularidad lesione a un número indeterminado de personas (...), podrán ejercer los derechos y facultades atribuidas a las personas directamente ofendidas por el delito, siempre que el objeto social de la misma se vincule directamente con esos intereses y haya sido reconocida e inscrita con anterioridad a la comisión del delito objeto del procedimiento”.*

Como puede apreciarse, tanto el código procesal civil como el código procesal penal vigente; no precisan si los particulares tienen legitimación en la tutela de intereses difusos. Sin embargo, la Ley General del Ambiente, Ley 28611, norma especial que prima sobre las precitadas; en su art. 143 establece que si se vulneran intereses difusos, la legitimación para postular acciones ambientales recae en cualquier miembro del grupo afectado, es decir, cualquier persona natural o jurídica está legitimada puede interponer una demanda por daños ambientales.

En consecuencia, la tutela de los intereses difusos está encargada al ministerio público, a otros órganos sociales y a particulares. Ello debido a que: *“...en razón de la insuficiencia de los órganos gubernamentales para efectivizar la tutela jurisdiccional de los intereses difusos, se ha esbozado en diversos países soluciones mixtas, articuladas y flexibles, consistentes en general en la complementación de la acción y control de los órganos públicos con la iniciativa de los individuos y grupos interesados”.*<sup>70</sup>

En el Perú, se asume esta misma óptica porque se considera que *“...en el perjuicio causado al bien colectivo, resulta claramente que la lesión a ese bien puede significar simultáneamente, una ofensa al bien colectivamente considerado (derecho al ambiente,*

<sup>70</sup> Landoni Sosa Ángel: “Nuevas orientaciones en la tutela jurisdiccional de los intereses difusos”, disponible en Jornadas Internacionales de Derecho Procesal. PUCP, Lima, Setiembre, 1997, pág. 123.

*a la salud colectiva, a la información correcta) y lesión a los diversos bienes de que son personalmente titulares los componentes del grupo”.<sup>71</sup>*

Asumiendo esta visión, podemos afirmar que en los delitos ambientales y de minería ilegal en la región Madre de Dios, se vulnera no solo el bien jurídico medio ambiente, sino también, se causan graves daños y perjuicios a las personas que están en el área de influencia de las operaciones mineras, principalmente comunidades nativas, campesinas e indígenas.

Por consiguiente, la legitimación activa para la tutela de estos intereses difusos recae en el ministerio público y las procuradurías de los organismos públicos vinculados a la preservación del medio ambiente; y también en las comunidades nativas y otras personas directamente ofendidas por el accionar delictivo de los mineros ilegales/informales. Los primeros tutelan el bien jurídico medio ambiente y los segundos tutelan los daños y perjuicios irrogados, siempre que estén formalmente constituidos en el proceso penal como Actores Civiles.

Por ello, es que la titularidad de la pretensión resarcitoria en el proceso penal ambiental, tiene dos pretensores: El Estado y los organismos públicos aludidos respecto a la restitución del bien jurídico tutelado o de su valor equivalente; y la víctima o el perjudicado en su caso, en relación a los daños y perjuicios ocasionados por el delito ambiental.

Asumiendo la misma línea argumental, el “quantum indemnizatorio” que sustenta la pretensión resarcitoria debe ser compartido solidariamente entre el estado y la víctima o el perjudicado directamente afectado. Los primeros podrán financiar con ese “quantum” la remediación de los pasivos ambientales mineros, es decir, la recuperación de las áreas degradadas por la minería aurífera; y los segundos podrán resarcir los daños y perjuicios irrogados siempre que se hayan constituido como actores civiles con las formalidades y el plazo que la norma adjetiva señala.

En suma, en los delitos ambientales y de minería ilegal y tratándose de intereses difusos el sujeto pasivo del delito lo constituyen: El Estado y La Víctima, en este último caso, todo aquel que es directamente ofendido por el delito y en ausencia de este, el

---

<sup>71</sup> Ibíd. Ob.cit. pág. 120.



perjudicado; quienes son afectados por los daños y perjuicios ocasionados por el delito o han sido vulnerados en sus derechos fundamentales.

Así mismo, el “quantum indemnizatorio” por concepto de reparación civil en los delitos ambientales, se fija en función del daño irrogado y el perjuicio producido aplicando los principios de proporcionalidad y objetividad. Ello, en razón de que la reparación civil implica la restitución del bien o su valor equivalente; y además el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados (daño emergente, lucro cesante y daño moral). En este último caso para determinarlo se aplican las reglas de la responsabilidad civil extracontractual.

En base a lo reseñado, podemos concluir que en los delitos ambientales y de minería ilegal; el estado es el titular de la pretensión resarcitoria en relación a la restitución del bien jurídico tutelado o de su valor y con el cual debe remediarse los pasivos ambientales generados por el delitos mencionados; y la víctima o el perjudicado en su caso, es el titular de la pretensión resarcitoria en relación a los daños y perjuicios ocasionados por el delito ambiental.

En la Región Madre de Dios, los principales impactados por la violencia punitiva ambiental son el estado y las comunidades nativas que han sido conculcados en sus DESCs, y se encuentran en un estado de indefensión; y por tanto, es nula su capacidad para postular el pago de una reparación civil. Este hecho constituye también una barrera que impide el acceso a la justicia penal ambiental; y en específico afecta la eficacia jurídica procesal de la pretensión resarcitoria; pues si esta no se hace efectivo, el estado no podría remediar las áreas degradadas por la minería y las comunidades nativas no podrían remediar los daños y perjuicios ocasionados por la minería ilegal/informal.

### **3.2.2.7. EL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD COMO FACTOR EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD PENAL**

El principio de oportunidad regulado en el artículo 2 del NCPP, es un mecanismo alternativo de solución de una controversia penal, por el cual el fiscal debe abstenerse del ejercicio de la acción penal y si ya lo hubiese promovido debe requerir el sobreseimiento de la causa. Pero este criterio de oportunidad, ha sido diseñado para

aquellos delitos de escasa conmoción social, aquellos que la doctrina llama “delitos de bagatela” y en la que además la pena impuesta no supere los dos años y el autor del hecho delictuoso haya resultado perjudicado con los resultados negativos producidos por este y por tanto la imposición de una pena resulta siendo innecesaria. Su aplicación implica que el caso quede archivado o sobreseído. En la práctica procesal; este mecanismo permite resarcir el daño causado por el delito, es un filtro de descarga procesal, evita la estigmatización del imputado, implica ahorro, celeridad y justicia rápida.

El principio de oportunidad, es entonces, un mecanismo procesal mediante el cual el Fiscal se abstiene de ejercitar la acción penal, cuando el imputado reconoce la comisión del delito y se compromete a resarcir los daños causados por su accionar delictivo; implica un acuerdo entre las partes pero *“debe aplicarse en razón de una selección de determinados delitos de menor intensidad, logrando que de esa manera los jueces y fiscales dediquen sus esfuerzos en la resolución de casos que ameritan más complejidad y gravedad”*.<sup>72</sup>

Pero, el delito de minería ilegal no cumple ninguno de los parámetros señalados, pues es un delito grave, de gran afectación al interés público, de gran conmoción social y es sancionada con penas que oscilan entre los 3 años de pena privativa de la libertad en su extremo mínimo y 12 años de pena privativa de libertad en su extremo máximo. Además, los agentes agresores que cometen el delito de minería ilegal tienen un gran potencial lesivo y por tanto deben ser reprimidos de manera eficaz.

Sin embargo, el Decreto Legislativo 1102 que incorpora al código penal el delito de minería ilegal, modifica en su artículo tercero sustancialmente los alcances en la aplicación de este principio para el caso de los delitos ambientales y en particular para los delitos de minería ilegal; e incorpora el numeral 8 al artículo 2 del NCPP, en los siguientes términos: *“(…) 8. El Fiscal podrá abstenerse de ejercer la acción penal, luego de la verificación correspondiente, en los casos en que el agente comprendido en la comisión de los delitos previstos en los artículos 307° A, 307° B, 307° C, 307° D y 307° E del Código Penal, suspenda sus actividades ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable comunicando de este hecho al Organismo de Evaluación y Fiscalización Ambiental mediante instrumento de fecha cierta. Si la acción penal*

<sup>72</sup> Sánchez Velarde Pablo: “El Nuevo Proceso Penal” Lima, 2009. Pág. 113

*hubiera sido ya promovida, se aplican, en lo pertinente, las mismas reglas establecidas en el presente artículo”.*

Adicionalmente, y en la primera disposición complementaria final de esta misma norma, se exime de responsabilidad penal a los mineros ilegales que se inserten en programas de formalización minera o de otras actividades económicas promovidas por la autoridad competente. Estas normas son en nuestro concepto restricciones que impiden la punición efectiva de los delitos ambientales y en particular del delito de minería ilegal y generan impunidad. La aplicación del principio de oportunidad en delitos pluriofensivos y de gran afectación al interés público que requieren por tanto una respuesta expeditiva, rápida y eficaz; resulta siendo un contrasentido, una irracionalidad, un retroceso, una involución inaceptable en el control de la violencia punitiva ambiental.

Así, al amparo del principio de oportunidad, cualquier minero ilegal/informal mediante una simple declaración jurada remitida a la OEFA o a las EFA regionales, puede acreditar la suspensión de sus actividades mineras de modo voluntario, definitivo e indubitable y eximirse de responsabilidad penal, pues el fiscal una vez recibido el cargo de este trámite administrativo tendría que abstenerse de ejercitar la acción penal y si ya lo hubiera promovido tendría que requerir el sobreseimiento de la causa; en consecuencia, se habrá consumado la impunidad.

Por otro lado, asumiendo el criterio de la primera disposición complementaria final del Decreto Legislativo 1102; en Madre de Dios los 4,507 mineros informales que presentaron su declaración de compromiso, que en esencia, es una declaración jurada con el cual se inicia el proceso de formalización, estarían eximidos de responsabilidad penal y tienen una prerrogativa para seguir contaminado con total impunidad hasta que culmine el proceso de formalización, lo cual es grave porque a la fecha ningún minero logro formalizarse y con la nueva legislación –como ya se ha precisado-, se han ampliado los plazos hasta el año 2020.

En consecuencia, aplicar el principio de oportunidad a los delitos ambientales y de minería ilegal; no es sino una forma distorsionada de aplicar el derecho penal transaccional, pues la norma no precisa la forma en que el minero ilegal/informal va a reparar el daño ambiental y menos cual va ser el criterio para establecer el “quantum indemnizatorio” que le permita al estado remediar los pasivos ambientales y a las



victimias el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la delito ambiental. La norma en cuestión omite el llamado “acuerdo reparatorio” que es la esencia del principio de oportunidad.

Pero lo más grave, es que el actual gobierno ha incurrido nuevamente en el mismo error al establecer causales eximentes de responsabilidad penal en la Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1351; en el cual se preceptúa que: *“Están exentos de responsabilidad penal por la comisión del delito de minería ilegal establecido en el artículo 307-A, quienes se encuentren en los siguientes supuestos: a. El sujeto de formalización minera que no logra la autorización final de inicio o reinicio de operaciones mineras por culpa inexcusable o negligente del funcionario a cargo del proceso de formalización. b. El agente de los delitos de minería ilegal, que se inserte al Registro Integral de Formalización Minera, dentro del plazo establecido en el numeral 4.2 del artículo 4 del Decreto Legislativo 1293”.*

Por consiguiente, las normas precitadas en el numeral 8 al artículo 2 del NCPP., la primera disposición complementaria final del decreto legislativo 1102 y la Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1351; deben ser derogados y prohibirse la aplicación del principio de oportunidad a los delitos de minería ilegal; porque son normas excluyentes de la responsabilidad penal y no pueden aplicarse a delitos pluriofensivos, graves y de gran afectación al interés colectivo como los delitos ambientales; y porque además propician abiertamente la impunidad y constituyen una barrera que impide al acceso a la justicia penal ambiental. Existen otros mecanismos de simplificación procesal como la terminación anticipada, la acusación directa, el proceso inmediato y la colaboración eficaz que franquea la ley procesal penal, a los cuales puede acogerse el agente agresor sea este minero ilegal o informal.

En ese orden de ideas, resulta crucial precisar que el Decreto Legislativo 1102, modifica también el artículo 314-D del Código Penal, por el cual se establece la exclusión para los partícipes o reducción de la pena para los autores de delitos ambientales, siempre que proporcione información veraz, oportuna y significativa sobre la realización de un delito ambiental y contribuya a desarticular las organizaciones criminales vinculadas a la minería ilegal. Este mecanismo de delación premial, no es sino la colaboración eficaz que a su vez es parte del Derecho Penal Premial y debe ser utilizado para reprimir eficazmente a las organizaciones criminales vinculadas a la minería ilegal/informal.

#### **4. CAPITULO IV. GARANTÍAS PARA EL EFICÁZ CUMPLIMIENTO DE LA REPARACIÓN CIVIL EN LOS DELITOS DE MINERÍA ILEGAL Y CONTAMINACIÓN AMBIENTAL EN MADRE DE DIOS**

##### **4.1.LA IMPORTANCIA DE LA PRETENSION RESARCITORIA EN EL DELITO DE MINERIA ILEGAL.**

En el Perú, y en particular en la región Madre de Dios, los operadores del derecho penal priorizan la pretensión punitiva y relativizan la pretensión reparadora del daño causado por el delito en agravio de la víctima, lo cual no garantiza un genuino acceso a la justicia penal ambiental y afecta la eficacia jurídica de la sentencia penal; hecho que es incompatible con el derecho a una Tutela Jurisdiccional efectiva.

Lo anterior, se agudiza porque la minería es una fuente inagotable de delitos ambientales, que casi siempre son perpetrados por personas jurídicas cuyo poder económico puede ser utilizado para actos de corrupción y lograr la impunidad. Muchas empresas se ocultan tras el velo de una persona jurídica para contaminar con total impunidad.

Por otro lado, el carácter difuso o colectivo del sujeto pasivo del delito, hace que la legitimidad para obrar recaiga generalmente en comunidades nativas o indígenas que han sido excluidas del desarrollo socioeconómico y están por tanto, en un estado de indefensión, lo que hace sumamente difícil su acceso a la justicia penal ambiental.

Por ello, en el delito de minería ilegal, que es el más grave, el procedimiento de punibilidad debe rodearse de mayores garantías, tomando en cuenta no solo la pretensión punitiva, sino también la pretensión resarcitoria, y en este último caso, mediante la aplicación de mecanismos cautelares eficaces que garantizar el pago de la reparación civil.

En esa dimensión, la reparación civil en El Proceso Penal Peruano tiene una importancia relativa para los operadores del derecho penal, quienes generalmente priorizan la pretensión punitiva, dejando en un estado de indefensión al agraviado, quien muchas veces se ve obligado a renunciar a seguir el proceso penal, por factores como la publicidad negativa de la que es objeto el Poder Judicial, (sobrecarga procesal), la mala imagen de los operadores de justicia, la insolvencia de los autores del ilícito, las bajas

expectativas en cuanto a la posible reparación civil, y principalmente a la ausencia de mecanismos cautelares eficaces.

Por otro lado, es necesario precisar que en el proceso penal al tramitarse conjuntamente la acción penal y la acción resarcitoria, concurren tres tipos de intereses diferenciados.

a) El interés público constituido por la pretensión punitiva del Estado. b) El interés privado o particular constituido por la pretensión resarcitoria del afectado y canalizado en el proceso a través de las actualizaciones del agraviado o parte civil; c) El interés público del Estado respecto al resarcimiento del daño proveniente del delito, el mismo que sustenta las actuaciones de las autoridades persecutorias y jurisdiccional en torno al resarcimiento del daño; sin embargo, este interés público sobre el resarcimiento, no cambia la naturaleza privada de la pretensión resarcitoria, únicamente se ejercita como una especie de apoyo al agraviado para que pueda hacer realidad su pretensión. De ejercitar directamente al agraviado su pretensión resarcitoria, desplaza al órgano persecutorio, por tanto la actuación de este último resulta subsidiaria.

La ineficacia del Ordenamiento Jurídico Nacional, respecto al resarcimiento del daño ocasionado por el delito, ha traído como consecuencia, una baja incidencia en la ejecución de las medidas cautelares reales como el embargo preventivo en forma de inscripción, sobre los bienes del procesado o tercero civil, dejando que los titulares de la pretensión resarcitoria, sean excluidos injustamente de recibir el pago de la reparación civil; lo cual es sumamente grave en los delitos de minería ilegal perpetrados en agravio de comunidades nativas y otros actores sociales que se encuentran en un estado de indefensión.

No obstante ello, la reparación civil que anteriormente era infructuosamente conseguida o inútilmente reclamada, cuando no olvidada por la parte agraviada; y siendo que con la aplicación del Nuevo Código Procesal Penal un gran porcentaje de procesos penales concluyen por acuerdos reparatorios, principio de oportunidad, terminación anticipada, etc., es de esperar que la reparación civil al agraviado se cumpla con mayor celeridad, y en mayor porcentaje de procesos penales. En suma, el NCPP. Peruano, dadas las innovaciones que presenta se constituye en una oportunidad para hacer realidad el



cambio en la actitud de los operadores de justicia, lo cual debe reflejarse en la oportuna y justa indemnización de los agraviados.<sup>73</sup>

#### **4.2. REPARACIÓN CIVIL Y MEDIDAS DE COERCIÓN PROCESAL EN EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL Y CONTAMINACIÓN AMBIENTAL**

Durante los tres últimos años de la gestión presidencial del Señor Ollanta Humala Tasso, todo el Perú fue testigo de los reiterados intentos del Estado por liquidar y erradicar de raíz la problemática de la Minería Ilegal en nuestro País, con motivo de dichos intentos es que el referido gobierno dio una serie de normas -el mismo que ya fue referido anteriormente en el presente trabajo-, y que implicaba entre otras cosas, la destrucción masiva de la maquinaria y equipo con los cuales se perpetraba el delito de minería ilegal, y otros conexos como el Vertimiento de residuos sólidos, o el de Contaminación Ambiental. Se implementaron con ese fin las acciones de interdicción minera en los cuales el Estado amparado por el Ius Imperium legislativo, decidió reprimir a los mineros ilegales/informales destruyendo sus maquinarias y equipos; acciones con las que no compartimos, porque en muchos de estas acciones se ha vulnerado derechos fundamentales de operadores mineros que estaban inmersos en el proceso de formalización.

Por ello, consideramos que la inutilización de dicha máquina y equipos no fue ni mucho menos la mejor herramienta jurídico procesal utilizada por el Gobierno, siendo que como podemos apreciar de la Resolución N° 4269-2016-MP-FN, existían otros mecanismos mucho más útiles y eficientes como política criminal, en respuesta a la perpetración de dichos delitos, me estoy refiriendo a las Medidas de Coerción Real tales como la Incautación, el Embargo y otros, los mismos que se encuentran taxativamente previstos en nuestro Código Procesal Penal, y que fueron desarrollados en el Marco teórico del presente Trabajo de Investigación.<sup>74</sup>

---

<sup>73</sup> La aplicación de los llamados Marcs penales o mecanismos alternativos a la solución del conflicto penal, priorizando la pretensión resarcitoria puede encontrarse en: Peña Gonzales Oscar: "Técnicas de Litigación Oral, APECC, Lima, 2008. Págs. 99-139.

<sup>74</sup> Dr. Marco Antonio Ulloa Reyna, <http://bjvderechoprocesaluigv.blogspot.pe/2010/06/medidas-coercitivas-reales.html>, 11-08-16 Hrs. 10:35 a.m.

Del mismo modo, una vez más debemos remitirnos a la Resolución N° 4269-2016-MP-FN (Protocolo para la Interdicción de la Minería Ilegal), cuyo tenor señala lo siguiente:

*(...) Intervención de la Comisión Nacional de Bienes Incautados-CONABI*

*Si como consecuencia del operativo de interdicción se produce el Decomiso de los bienes maquinaria, equipos e insumos prohibidos, así como los utilizados para el desarrollo de actividades mineras ilegales, serán puestos a disposición de la CONABI, quién asume competencia como entidad del Gobierno Nacional.”*

Así entonces tenemos que la propia Resolución de la Fiscalía de la Nación, hace referencia a otros mecanismos alternativos de coerción procesal, tales como el decomiso o la incautación, anteriormente referidos, y que si bien este dispositivo también contempla la inhabilitación (destrucción) de maquinaria y equipos, también es cierta la existencia de otras medidas menos lesivas que alternativamente podían aplicarse.

Siendo ello así, y reafirmando una vez más mi posición en contra del proceder arbitrario del Estado en arras de proscribir la Minería Ilegal en nuestro País, considero que el Derecho Penal no debe ser un instrumento jurídico draconiano, esto en razón de la intensa severidad con la que se ha manejado este problema, toda vez que desde siempre se ha considerado al derecho penal, y en consonancia con lo afirmado por gran parte de la doctrina, como un instrumento fragmentario de última ratio, es decir la última razón o herramienta a utilizar, y no como un mecanismo de represión social como se pudo apreciar en las aludidas acciones de interdicción minera.

En ese sentido surge entonces la pregunta, ¿Cuál debió ser la respuesta punitiva del Estado?. Claramente el Estado lo que pretendía a través de la dación de los Decretos Legislativos en cuestión, era destruir todos los medios que se utilizan en la perpetración del delito de minería ilegal y otros conexos, y así poder erradicar o reducir al máximo el número de casos donde la consumación de este delito, es preponderante. Sin embargo si lo que se pretendía era despojar de estos medios a los imputados para evitar la comisión de estos delitos, la sola desposesión de esta maquinaria y equipos, pudo haber sido suficiente, ello con ocasión de mecanismos como la incautación, decomiso y embargo, medidas de coerción real, que en opinión del graduando hubiesen sido mucho más útiles

y eficaces, toda vez que al existir todavía estos instrumentos -maquinaria y equipos- y que en su mayoría pasarían a posesión del Estado, este inclusive hubiese podido utilizarlos para labores sociales de interés público general, donde el Estado para poder realizar dichas labores, hubiese podido echar mano de dichas maquinarias, para así poder cumplir uno sus principales fines, conseguir el bienestar de la población, derecho además taxativamente consagrado por nuestra Carta Magna. Las maquinarias y equipos defenestrados, pudieron haber sido transferidos a las Municipalidades regionales y locales, para impulsar el desarrollo y mejorar la calidad de vida de la población específica ubicada en las zonas más afectadas por la minería ilegal, o para remediar los pasivos ambientales generados por la minería ilegal/informal.

#### 4.3. LA REPARACIÓN CIVIL EN EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL Y CONTAMINACIÓN AMBIENTAL

Otro aspecto significativo en la materia que nos ocupa, respecto a las consecuencias de la comisión de los delitos de minería ilegal y contaminación ambiental, cuyo análisis jurídico penal ya se trabajó, es aquel referido al pago de la Reparación Civil que tiene lugar con ocasión de la perpetración de estos delitos en favor de los agraviados o “víctimas”.

Al respecto debemos remitirnos a lo establecido por el Dr. Mauro Fermín Díaz Ccuno, quien señala lo siguiente<sup>75</sup>: *“La reparación civil en El Proceso Penal Peruano tema que es un punto neurálgico en el Sistema Jurídico Peruano por la variedad de temas con los que se interrelaciona y factores que inciden en su consecución por parte del agraviado. El Sistema De Justicia Penal Nacional, ha tenido, tiene y tendrá problemas, afirmar lo contrario sería una falacia, como toda obra humana el sistema de justicia es pasible de errores y por tanto perfectible. Este problema tiene muchas aristas, lo rescatable es conocerlas, comprenderlas.*

*En el proceso penal al tramitarse conjuntamente la acción penal y la acción resarcitoria, concurren tres tipos de intereses diferenciados. a) El interés público*

<sup>75</sup> <https://trabajadorjudicial.wordpress.com/la-reparacion-civil-en-el-proceso-penal-peruano/> 23-10-2016 Hrs. 15:23 p.m.



*constituido por la pretensión punitiva del Estado. b) El interés privado o particular constituido por la pretensión resarcitoria del afectado y canalizado en el proceso a través de las actualizaciones del agraviado o parte civil; c) El interés público del Estado respecto al resarcimiento del daño proveniente del delito, el mismo que sustenta las actuaciones de las autoridades persecutorias y jurisdiccional en torno al resarcimiento del daño; sin embargo, este interés público sobre el resarcimiento, no cambia la naturaleza privada de la pretensión resarcitoria, únicamente se ejercita como una especie de apoyo al agraviado para que pueda hacer realidad su pretensión. De ejercitar directamente al agraviado su pretensión resarcitoria, desplaza al órgano persecutorio, por tanto la actuación de este último resulta subsidiaria”.*

En efecto, el Dr. Díaz Cunno no hace sino mencionar el criterio de subsidiariedad que existe respecto a la pretensión resarcitoria en un primer momento por parte del Ministerio Público, como todos sabemos el Fiscal especializado en lo penal, es el titular de la acción penal, y también lo es la pretensión resarcitoria por lo menos en un primer momento, tan es así que de no apersonarse el agraviado como actor civil, es éste quien se encargará de perseguir el resarcimiento pecuniario en representación tácita de la o las víctimas, que es como generalmente sucede, puesto que los agraviados de un proceso penal, pocas veces por no decir casi nunca, se apersonan a un proceso penal a fin de perseguir la pretensión resarcitoria.

Del mismo modo el Dr. Díaz Ccuno continúa señalando lo siguiente<sup>76</sup>: *“En la práctica con el Código de Procedimientos Penales ha predominado la tendencia a que la víctima sea desplazada por parte de la autoridad estatal, no obstante que el Código Penal artículo 101°, prescribe que en el proceso penal, en lo concerniente a la reparación civil, deben aplicarse las disposiciones del Código Civil, normas relativas a la responsabilidad extracontractual, en la práctica no se cumplía dicha norma. La ineficacia del Ordenamiento Jurídico Nacional, respecto al resarcimiento del daño ocasionado por el delito, ante la inobservancia de las normas por parte de los operadores del proceso penal, marginación procesal de la víctima, precaria condición económica del procesado e inapropiado tratamiento del legislador”.*

<sup>76</sup> <https://trabajadorjudicial.wordpress.com/la-reparacion-civil-en-el-proceso-penal-peruano/> 23-10-2016 Hrs. 15:49 p.m.

Sobre ello tengo a bien señalar un aspecto sumamente importante respecto a la no exigencia de la Reparación civil por parte del o los agraviados, que como ya se refirió anteriormente no se apersonan al proceso penal- ni inician un proceso civil- a fin de exigir el pago de la reparación civil como consecuencia de la perpetración de un delito, ello debido a distintas circunstancias, concordando en este aspecto con el Dr. Díaz Ccuno, respecto a la marginación procesal de la víctima, y la precaria condición económica del imputado.

A efectos de un mejor análisis debemos señalar nuevamente, que tratándose de los delitos de contaminación ambiental que hoy nos ocupa -minería ilegal y contaminación ambiental-, estamos frente a delitos cuyos bienes jurídicos tutelados, no son otros que la salud, la vida y el derecho a vivir en un ambiente sano y equilibrado, lo cual en cuestiones ambientales, se traduce a la protección de los denominados intereses difusos, otra de las razones por las cuales en opinión mía, se produce la no exigencia de la reparación civil, la indeterminación de las víctimas por pertenecer a una colectividad. Como todos sabemos el campo de acción que ocupa al presente trabajo de investigación, es el distrito judicial de Madre de Dios, donde se han producido la mayor cantidad de delitos de minería ilegal-aunque no se haya culminado con el proceso penal y en algunos casos ni siquiera se haya iniciado- y es además el lugar donde más se ha hecho notar el poder punitivo del Estado a través de las interdicciones antes analizadas. Asimismo tenemos que la región de Madre de Dios es una de las zonas donde más se hace notar la extrema pobreza que sucumbe a algunas regiones de nuestro País. La existencia de pequeños Centros poblados menores, y Comunidades Nativas y Campesinas reconocidas o no por la autoridad competente, son en la gran mayoría de casos, los agraviados y víctimas directas en la perpetración de estos delitos de contaminación ambiental, comunidades que ven como su entorno en el cual sus ancestros y ahora ellos han convivido en absoluta armonía con la naturaleza, es ahora defenestrado por la nefasta voracidad del hombre moderno, que pretende saquear a la madre tierra dejando a su paso solo minería y extrema pobreza.

Por ello, es innegable el evidente estado de indefensión en que se encuentran los sujetos pasivos de estos delitos, entiéndase pobladores y comunidades campesinas y nativas, que en razón de su precaria condición socio económica, no están en condiciones de pagar un Informe Ambiental de una entidad privada, a fin de probar los hechos que eventualmente podrían causar perjuicios en contra de su patrimonio y que por tanto los convertirían en merecedores de un resarcimiento patrimonial.

Ante tal estado de indefensión es imperante que el Estado pueda cautelar los derechos resarcitorios de los agraviados de los delitos ambientales- que muchas veces son una colectividad- a través de los mecanismos jurídicos establecidos por Ley, donde la participación del Fiscal titular de la acción penal, pueda coadyuvar al referido pago de la Reparación Civil, elemento sustancial para el aseguramiento de justicia penal en dicha región y nuestro País.

Del mismo modo, tenemos que la Reparación Civil como consecuencia de la perpetración de los delitos de minería ilegal y contaminación ambiental, no es un tema que le atañe solamente a los agraviados directos de la consumación de dichos delitos, sino también es un tema que involucra directamente al Estado, quien como representante de los ciudadanos y su papel tutelar de sus derechos, también es un serio afectado por la comisión de dichos delitos, y por tanto tendría también derecho a percibir la reparación civil correspondiente con motivo de la afectación a bienes jurídicos de intereses nacional, como lo son la salud, la vida, y el vivir en un ambiente sano y equilibrado, esto es, el medio ambiente como entorno donde se desarrolla un país, una nación.

Siendo ello así, el Estado a través de sus Procuradores Públicos debería también propugnar esta pretensión resarcitoria a fin de salvaguardar los derechos patrimoniales que le corresponden al Estado. Empero ello, el resarcimiento en favor del Estado es a veces tan o más ineficiente que el de las propias víctimas, ello debido en gran medida a la inoperancia de los correspondientes Procuradores que deberían ser los encargados de apersonarse al proceso penal en un delito ambiental, y posteriormente tomar a cargo la



pretensión resarcitoria y poder hacer uso de todas las herramientas jurídico procesal, como el embargo, a fin de asegurar el pago de dicha reparación civil. Por consiguiente, en el caso de la región Madre, se requiere el aporte de las procuradurías de las entidades públicas encargadas de proteger la biodiversidad.

Así entonces el Dr. Díaz Cunno continúa respecto a los motivos del no pago de la reparación civil con lo siguiente<sup>77</sup>: *“Baja incidencia en la ejecución de las medidas cautelares reales como el embargo preventivo sobre los bienes del procesado o tercero civil, dentro del proceso penal. Pueden ser comprendidos en el proceso penal como obligados civiles o sujetos pasivos de la pretensión resarcitoria, los terceros civiles, las aseguradoras o seguros de responsabilidad civil”*

Efectivamente, la Doctrina comparte la opinión del graduando al considerar que una de las herramientas jurídicas procesales más importantes para el aseguramiento del pago de la reparación civil, son precisamente las medidas de coerción real, tales como el embargo.

En conclusión, debo señalar que tanto el delito de contaminación ambiental como el delito de minería ilegal son delitos graves, pluriofensivos y afectan a un bien jurídico supraindividual como es el medio ambiente; en consecuencia, se debe priorizar la aplicación de una consecuencia jurídico penal, pero además la aplicación de una consecuencia jurídico patrimonial para afectar el patrimonio criminal y evitar la reiteración delictiva; en esa visión, la aplicación de medidas coercitivas de orden real como la incautación, el embargo, la orden de inhibición, entre otros, resultan siendo más eficaces que las interdicciones destinadas a la destrucción de maquinarias y equipos utilizados en la perpetración del delito de minería ilegal.

<sup>77</sup> <https://trabajadorjudicial.wordpress.com/la-reparacion-civil-en-el-proceso-penal-peruano/> 23-10-2016 Hrs. 18:23 p.m.

#### **4.4. EL EMBARGO EN EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL**

Así entonces considero que debemos partir de la premisa de que no existen mecanismos legales eficaces para hacer efectivo el embargo en forma de inscripción de maquinarias y equipos que son utilizados para perpetrar el delito de minería ilegal. Así mismo, en los procesos penales –como hemos mencionado–, se prioriza únicamente la pretensión punitiva y se relativiza la pretensión reparadora del daño causado por el delito en agravio de la víctima; lo cual no garantiza la eficacia jurídica de la sentencia penal y es incompatible con el derecho a una Tutela Jurisdiccional efectiva. El caso se agudiza en la región Madre de Dios, donde se comete con mayor recurrencia el delito de minería ilegal, mediante el uso de maquinaria pesada, ocasionando graves daños ambientales y patrimoniales en agravio de comunidades nativas y otros actores sociales del entorno.

Por ello, en este ítem se prioriza y se derivan algunas conclusiones y recomendaciones para la aplicación eficaz de la medida cautelar de embargo en forma de inscripción.

##### **4.4.1. EL EMBARGO DE MAQUINARIA UTILIZADA PARA PERPETRAR EL DELITO DE MINERÍA ILEGAL Y CONTAMINACIÓN AMBIENTAL**

En la actualidad y particularmente en la Región Madre de Dios, el proceso de embargo en forma de inscripción de maquinarias utilizadas en la comisión del delito de minería ilegal, presenta serias limitaciones de orden legal. En efecto, en la transferencia de propiedad de estas maquinarias, prima el sistema espiritualista francés, es decir, el sistema declarativo, en el que la transferencia opera por el solo consentimiento de las partes. Este sistema, que ha sido recogido en el artículo 949 del Código Civil, si bien dinamiza el tráfico jurídico patrimonial, no otorga seguridad jurídica, porque opera extra registralmente y la inscripción registral es facultativa, lo cual es una seria limitación para el embargo de maquinarias, pues al no estar inscrito la maquinaria, el agente agresor puede realizar actos de disposición o gravar dichos bienes muebles para eludir el pago de la reparación civil.

Que, así mismo la Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre Ley N° 27181, no regula la circulación de maquinarias y por ello éstos pueden circular libremente por todo el territorio nacional sin la correspondiente placa de rodaje y menos la tarjeta de identificación vehicular, pese a tener dicha calidad y poseer un valor patrimonial considerable comparado con un vehículo convencional. Ello, impide la individualización del bien y la identificación del titular, información que es vital para la aplicación de una medida cautelar de embargo en forma de inscripción.<sup>78</sup>

Por consiguiente, al primar el sistema declarativo y ser facultativo la inscripción registral de estas maquinarias, resulta sumamente difícil la identificación del titular propietario, así como la localización física de la maquinaria; y en consecuencia resulta casi imposible interponer una medida cautelar de embargo en forma de inscripción, y nula por tanto la posibilidad de una eventual reparación civil, cuando estas maquinarias son utilizadas en la comisión del delito de minería ilegal.

Por ello, y como una forma de aportar en el combate contra la minería ilegal, la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), mediante Resolución N° 106-2012-SUNARP/SN del 08.05.2012, aprobó el Reglamento de Inscripciones de Bienes vinculados a la Pequeña Minería y Minería Artesanal, el mismo que permitirá conocer a quién pertenecen los equipos y maquinarias a emplearse en la pequeña minería y minería artesanal.

Este reglamento, formulado cumpliendo el encargo dispuesto en el artículo 12 del Decreto Legislativo N° 1100, entró en vigor en la tercera semana de Julio del 2012 y propone un régimen de publicidad registral de las maquinarias destinadas a la pequeña minería y la minería artesanal, usando como criterio de búsqueda de información en el Registro, el número de serie y/o motor de la maquinaria. Esto sin perjuicio de utilizar también el nombre del titular, cuando sea conocido por el usuario.

---

<sup>78</sup> Una medida complementaria ha sido establecida por el Decreto Legislativo N° 1107, que tiene por objeto establecer medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de maquinarias y equipos que puedan ser utilizados en la actividad minera ilegal. El transporte de maquinarias, equipos será realizado por las Rutas Fiscales establecidas, estando facultada la SUNAT para controlar y fiscalizar el ingreso, permanencia, transporte o traslado y salida de maquinarias y equipos utilizados en la actividad minera, así como la distribución, hacia y desde el territorio aduanero y en el territorio nacional, sin perjuicio de las competencias de otras entidades del Estado.



El referido Reglamento, incorpora el principio de localización para contrarrestar la actividad minera ilegal, pues la permanente movilidad de los bienes complica la labor de eficiente fiscalización que el Estado se propone para combatir frontalmente la minería ilegal. Para este fin se ha previsto la asignación de un código alfanumérico a la maquinaria, así como la expedición de una tarjeta de identificación del bien para facilitar las labores de control y fiscalización del Estado.

En suma, el Reglamento de inscripciones de bienes vinculados a la pequeña minería y a la minería artesanal en el Registro de bienes muebles, constituye un instrumento que busca coadyuvar al cumplimiento de las normas aprobadas contra la minería ilegal y, de manera integral, promover la formalización de aquellos que realizan las actividades al margen de la ley.

Pero, este reglamento se emite en cumplimiento a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 1100, el cual dispone la interdicción de la minería ilegal en toda la República, y además, establece medidas complementarias para la obtención de los objetivos del mencionado Decreto Legislativo; y se autoriza a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos, SUNARP, que regule “los bienes inscribibles y actos obligatorios en el registro de Bienes Muebles vinculados a la actividad minera” dentro de las medidas complementarias a la interdicción de la minería ilegal y de conformidad con el objetivo del Estado de promover “el ordenamiento y la formalización con inclusión social de la minería a pequeña escala”. En ese sentido, la elaboración del reglamento a cargo de la SUNARP se circunscribe al Registro de Bienes Muebles cuyo contenido en cuanto a bienes y actos no había sido reglamentado y que forma parte del Registro de Bienes Muebles.

Que, de acuerdo con los alcances del Decreto Legislativo N° 1100, la lucha contra la minería ilegal se concentra dentro de la actividad de la pequeña minería y la minería artesanal; razón por la cual, la implementación del registro como medida complementaria a la interdicción se restringe a dicha actividad. Que, si bien es cierto que, la utilización de las maquinarias señaladas en el punto 5.2. del artículo 5 del Decreto Legislativo N° 1100 está prohibida cuando se trata de minería ilegal; también es cierto que, el impedimento no alcanza cuando la pequeña minería o la minería artesanal desempeñan la actividad de manera legal. Por ello, sobre la base de las consideraciones

antes expuestas, en la elaboración del reglamento se ha establecido como requisito general la presentación de la autorización de inicio o reinicio de operación minera otorgada por la autoridad competente del Gobierno Regional, previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas.<sup>79</sup>

Que, así mismo en concordancia con el principio de localización, se ha considerado la asignación de un código alfanumérico al bien mueble, así como la expedición de una tarjeta de identificación del bien mueble; correspondiendo a la SUNARP dictar las medidas necesarias para la implementación. El principio de localización consiste en la atribución de un bien mueble a un lugar determinado, el cual se determina por la ubicación geográfica de la concesión minera; por lo que, la inscripción del bien mueble se realiza en el Registro de Bienes Muebles de la Oficina Registral de la jurisdicción en donde se ubica geográficamente la concesión.

Los Bienes Muebles Inscribibles, son los destinados a la pequeña minería y la minería artesanal siempre que cumplan con los criterios de individualización previstos en el artículo 22 del Reglamento. De manera enunciativa, acceden al Registro los siguientes bienes muebles: a) Cargadores frontales y similares. b) Excavadoras. c) Retroexcavadoras, entre otras maquinarias.

Los Actos inscribibles en la partida registral del bien mueble utilizado para la pequeña minería y la minería artesanal son: a) La primera de dominio. b) Los actos traslativos de dominio. c) El cambio de código alfanumérico. d) La medida cautelar ordenada por Juez o autoridad administrativa competente. e) La sentencia consentida o ejecutoriada que a criterio del juez se refiera a actos o contratos inscribibles. f) La garantía mobiliaria, leasing y otras afectaciones, conforme a lo previsto en la Ley N° 28677. g) La resolución administrativa firme que se refiera a los actos inscribibles. h) El Laudo

---

<sup>79</sup> *Este certificado de operación minera es un requisito indispensable para eximirse de responsabilidad penal, pues el art. 3 del decreto legislativo 1100 que regula la minería informal se establece que: "La titularidad sobre concesiones, así como la simple presentación del petitorio minero o la solicitud de certificación ambiental u otras autorizaciones relacionadas a la actividad minera, no autorizan el ejercicio de actividades de exploración, explotación y/o beneficio; requiriéndose para su realización contar con la autorización de inicio o reinicio de operación minera otorgada por la autoridad competente, previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas.*

arbitral que se refiera a los actos inscribibles. i) El decomiso. j) La incautación. k) La baja definitiva del bien mueble por destrucción. l) La baja temporal del bien mueble, y m) El alta del bien mueble por readmisión.

Por otro lado, en cuanto a la formalidad para la primera inscripción de dominio o acto inmatriculador, se debe presentar: a) La autorización de inicio/reinicio de operación minera otorgada por la autoridad competente, en copia legalizada notarial o autenticada por fedatario de la SUNARP. b) Declaración Única de Aduanas o Declaración Aduanera de Mercancías, entre otros requisitos.

En nuestro concepto, exigir la presentación del Certificado de Operación Minera para la inmatriculación, hace inaplicable la inscripción registral de las maquinarias, por cuanto esta certificación se otorga al titular minero que haya concluido el proceso de formalización, es decir, después de haber culminado con éxito una serie de trámites en diferentes instancias administrativas. Por ello, en la actualidad no es posible inmatricular una maquinaria en la SUNARP, pues ningún titular minero cuenta con el correspondiente Certificado de Operación Minera; lo que hace inviable la posibilidad de inscribir una medida cautelar de embargo en forma de inscripción

En la Región Madre de Dios, para obtener el Certificado de Operación Minera, se debe obtener previamente: La aprobación de la Declaración de Compromiso por la Dirección Regional de Energía y Minas del Gobierno Regional de Madre de Dios (DREMH); el Permiso de Uso de Aguas con fines mineros otorgado por la autoridad nacional del agua (ANA); el Permiso de Desbosque, que permite la tala de árboles y es emitido por el Ministerio de Agricultura a través de INRENA; la aprobación del Estudio de Impacto Ambiental por el Ministerio del Ambiente (MINAM), etc.; y finalmente el Certificado de Operación Minera otorgado por la autoridad regional minera competente previo informe técnico favorable del Ministerio de Energía y Minas.



## **5. CAPITULO V. PROPUESTAS PARA LA PUNICION EFICAZ DE LOS DELITOS AMBIENTALES Y EL DELITO DE MINERIA ILEGAL EN EL DISTRITO JUDICIAL DE MADRE DE DIOS**

### **5.1. EL PROCESO INMEDIATO EN DELITOS AMBIENTALES**

La presente investigación, identifica las restricciones más relevantes que impiden el acceso a una justicia penal ambiental eficaz, pero también analiza la aplicación de mecanismos de simplificación procesal que franquea la ley y puedan facilitar la represión punitiva ambiental con mayor celeridad, pues el delito de minería ilegal por su naturaleza grave y pluriofensiva requiere una respuesta expeditiva, rápida y eficaz; bajo esa premisa consideramos que la aplicación del proceso inmediato resulta crucial.

En esa línea argumental, analizamos la posibilidad de aplicar el proceso inmediato en una realidad factual concreta como la Región Madre de Dios para reprimir delitos ambientales y en particular el delito de minería ilegal en los casos de flagrancia delictiva y confesión sincera. La Flagrancia delictiva es una circunstancia que permite la detención policial sin mediar mandato judicial y esta preceptuado en el artículo 2.24.f de la Constitución Política del Estado y normativizado en el artículo 259 del NCPP.

El proceso inmediato es un proceso especial, que suprime la fase de formalización o continuación de la investigación preparatoria y la etapa intermedia, y converge directamente en la fase del juicio oral. La actuación del persecutor público, el juez de la investigación preparatoria y el juez de juzgamiento son de actuación inmediata bajo responsabilidad funcional. El caso se define en una audiencia única de incoación de proceso inmediato que es oral, público e inaplazable y las partes deben llevar sus órganos de prueba bajo apercibimiento de prescindirse de ellos.

En la fase previa a esta audiencia única a cargo del Juez de Juzgamiento, existe otra audiencia de incoación de proceso inmediato en el cual se asume un protocolo de actuación procesal muy expeditivo; el juez de la investigación preparatoria se pronuncia secuencialmente sobre la procedencia de las medidas coercitivas requeridas por el fiscal, sobre la aplicación de medidas de simplificación procesal o criterios de oportunidad y sobre la procedencia de la incoación del proceso inmediato propiamente dicho.

En síntesis, el proceso inmediato es sumarásim, una persona puede ser acusada, juzgada y sentenciada de manera rápida y efectiva; y se aplica en los supuestos de flagrancia delictiva, confesión sincera, suficiencia probatoria, omisión a la asistencia familiar y conducción de vehículos en estado de ebriedad o drogadicción; bajo estos supuestos el fiscal debe instar el proceso inmediato en forma obligatoria bajo responsabilidad funcional.

El Decreto legislativo 1194 que entra en vigencia el 28.11.2015 modifica los alcances del proceso inmediato que estaba regulado en los artículos 446, 447 y 448 del NCPP del 2004, y lo hace de aplicación obligatoria en determinados supuestos.<sup>80</sup>

En el caso de delitos ambientales, en los cuales se requiere el informe fundamentado de la autoridad ambiental competente y además la actuación de pruebas periciales y documentales de carácter técnico; es muy difícil construir una teoría del caso óptima para inculpar delitos de esta naturaleza. Por consiguiente, la aplicación del proceso inmediato tendría serias restricciones para aplicarse en el supuesto de suficiencia probatoria. Sin embargo, consideramos que si puede aplicarse el proceso inmediato en los supuestos de flagrancia delictiva y confesión sincera que tenga como objeto de punición el delito de minería ilegal.

La aplicación del proceso inmediato en delitos distintos a los delitos ambientales o al delito de minería ilegal; ha originado una revolución en el sistema de justicia, pues busca evitar que las etapas de investigación preparatoria e intermedia se conviertan en un procedimiento burocrático e innecesario. Su aplicación ha permitido una justicia más expeditiva, resolviendo el conflicto penal con la celeridad que los justiciables reclaman, y ha permitido además que la pretensión punitiva y la pretensión resarcitoria sean eficaces y puedan hacerse efectivos para no generar impunidad.

Es probable sin embargo, que el proceso inmediato por su celeridad pueda generar una afectación al derecho de defensa y el derecho a probar, que son componentes del debido proceso y así mismo que se fomente el hacinamiento en los penales. Para evitar esto último se debe apelar a la persecución estratégica del delito priorizando la prevención; aplicar mecanismos de despenalización como la liberación condicional, la semi libertad, la conmutación de pena, etc.; se construyan cárceles productivas para avanzar hacia una

<sup>80</sup> Un informe especial sobre el proceso inmediato en casos de flagrancia delictiva, puede encontrarse en: Actualidad Jurídica: "¿Cómo aplicar el proceso inmediato en casos de flagrancia delictiva? Rev. Gaceta Jurídica, Tomo 266, Lima, Enero, 2016, págs. 13-34.

genuina resocialización y finalmente se apliquen otros mecanismos de simplificación procesal o criterios de oportunidad -con excepción del principio de oportunidad pues como ya se ha analizado generaría impunidad-. Por otro lado, el proceso inmediato exige que el agente agresor cuente con abogado defensor en todo el proceso y que este abogado realice una defensa eficaz.

En esa misma línea argumentativa, consideramos que el proceso inmediato puede aplicarse eficazmente en la contención de la violencia punitiva ambiental y en específico para reprimir el delito de minería ilegal, cuidando que los operadores estén capacitados para aplicarla eficazmente. Sin embargo, el proceso inmediato en Madre de Dios debe ser aplicada únicamente en los supuestos de flagrancia delictiva y confesión sincera; es decir, en el primer caso, cuando se configure la flagrancia en estricto sensu, la cuasiflagrancia, la flagrancia evidencial o presunción legal de flagrancia; y la flagrancia por identificación inmediata mediante medios fílmicos o fotográficos; y tomando en cuenta los presupuestos de inmediatez temporal e inmediatez personal; y en el segundo caso cuando el imputado haya hecho una confesión, espontánea, total, veraz, oportuna y corroborable, en presencia del Juez o Fiscal y con asesoría de su abogado defensor.

También puede instarse el proceso inmediato en los casos que exista pluralidad de imputados siempre que estos estén inmersos en el mismo delito (Artículo 446.3 del NCPP). En los casos en que se requiera solvencia probatoria o sean complejos se debe optar por el proceso común en aplicación del artículo 446.2 del NCPP.

Por otro lado, la celeridad del proceso inmediato no implica abdicar del modelo garantista en el que se sustenta el NCPP; el proceso inmediato, es en esencia un mecanismo de simplificación procesal, pero en su aplicación se debe respetar el derecho constitucional a la presunción de inocencia y el principio Pro Homine, que es un principio de interpretación y aplicación de la norma más favorable a la persona humana cuya dignidad es el fin supremo de la sociedad y el estado. La determinación de la culpabilidad solo es alcanzada a través de una sentencia penal firme. Asumir otra visión resulta contrario a la ley y los Tratados Internacionales sobre derechos humanos.

Así mismo, un espacio temporal idóneo para aplicar el proceso inmediato en caso de flagrancia delictiva es el momento en que se realizan las acciones de interdicción en contra de la minería ilegal. Para ello, se ha emitido el Protocolo para la realización de



Operativos de Interdicción contra la Minería Ilegal, establecida mediante la Resolución N° 4269-2016-MP-FN, y en el cual se establecen criterios y procedimientos técnicos para la realización de estas acciones y reprimir el delito de minería ilegal.

Este Protocolo de actuación fiscal, establece entre otras acciones, que el persecutor público a cargo de la interdicción debe instar la incoación del proceso inmediato cuando se configuren los siguientes supuestos: El imputado ha sido sorprendido y detenido en flagrante delito, en cualquiera de los supuestos del artículo 259 del código procesal penal; el imputado ha confesado la comisión del delito, en los términos del artículo 160 del código procesal penal; o los elementos de convicción acumulados durante las diligencias preliminares y previo interrogatorio del imputado, sean evidentes. En suma, el fiscal debe instar el proceso inmediato en los casos de flagrancia, confesión sincera y suficiencia probatoria.

En ese orden de ideas, consideramos que la flagrancia en la minería ilegal puede determinarse in situ, corroborando la ubicación del lugar del hecho delictuoso mediante el Sistema de Posicionamiento Global (GPS) y determinar si la actividad minera se realiza en área de exclusión minera, zona de reserva ecológica, zona de amortiguamiento, etc. Así mismo, se puede determinar la condición de Concesionario minero usando información del SIDENCAT del INGEMMET; y a través de la base de datos del MINEM y la DREMH; se puede determinar si el minero en flagrante delito es informal o ilegal o está en proceso de formalización; y si tiene o no el Certificado de Operación Minera (COM) o si la maquinaria que utiliza también está autorizada.

Las acciones de interdicción se realizan contra las actividades mineras que se ejecutan incurriendo en las prohibiciones y restricciones a que hace referencia el art. 5 del decreto legislativo 1100, las cuales son consideradas ilegales y dan lugar a los operativos de interdicción no solo contra el minero ilegal sino también contra los mineros que estando en proceso de formalización están incurriendo en las prohibiciones aludidas o no están cumpliendo con los compromisos asumidos en su “Declaración de Compromiso”.

La interdicción, es toda acción dispuesta por el Ministerio Público en contra de las actividades mineras que se ejecutan incurriendo en las prohibiciones y restricciones a que hace referencia el art. 5 del decreto legislativo 1100, con el fin de garantizar la preservación del medio ambiente, la salud de las personas y el desarrollo de actividades

económicas sostenibles; y pueden ser realizada de oficio, en vía de prevención o en el marco de una investigación por el delito de minería ilegal.

La interdicción puede ser ordinaria o extraordinaria: Las interdicciones ordinarias “son aquellas acciones dispuestas y realizadas por cada uno de los despachos fiscales como consecuencia de una intervención en vía de prevención dentro de su competencia territorial; o aquellas que son programadas en el marco de una investigación por delito de minería ilegal”<sup>81</sup>. En el caso de la interdicción ordinaria, en Madre de Dios resulta crucial el apoyo logístico de la División de Medio Ambiente de la PNP de la Región y de la Dirección General de Capitanía y Guardacostas (DICAPI) de Puerto Maldonado.

Las interdicciones extraordinarias o mega operativos son aquellos “(...) *programados por el (la) Fiscal Superior coordinador (a) Nacional de las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental, en cualquier parte del territorio nacional, debido a que la zona donde se realizara el operativo de interdicción es muy extensa y/o comprenda la jurisdicción de más de un distrito fiscal, o cuando la zona a interdictar es de muy difícil acceso debido a lo accidentado de su geografía, o porque se encuentra muy alejada de la zona urbana, de tal manera que se hace necesario de una coordinación de alto nivel para el apoyo logístico (medios de transporte aéreo, fluvial, terrestre , entre otros) de las diferentes instituciones intervinientes (...)*”.<sup>82</sup>

Por otro lado, debemos precisar que la información que requiere el fiscal para incriminar en flagrancia delictiva debe ser corroborada digitalmente dentro de las 24 horas (presupuesto de inmediatez temporal de la flagrancia) en los siguientes organismos públicos: La Dirección Regional de Energía, Minas e Hidrocarburos (DREMH) del Gobierno Regional; La Dirección General de Minería del Ministerio de Energía y Minas (DGM-MINEM); El Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR); El Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP); La Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria (SUNAT) y El Instituto Geológico Minero Metalúrgico del Perú (INGEMMET), entre otros.

Así por ejemplo, el fiscal con el apoyo de un Sistema de Posicionamiento Global (GPS), puede determinar si la actividad miera ilícita se realiza en tierras de

<sup>81</sup> Véase: Resolución N° 4269-2016-MP-FN, pág. 2.

<sup>82</sup> Ibíd. ob. cit., pág. 2.

comunidades nativas o en áreas de exclusión minera, corroborando esta información en el SIDENCAT de INGEMMET, donde se muestran en el catastro y en coordenadas UTM las concesiones mineras, las áreas naturales protegidas, las zonas de amortiguamiento, etc. Así mismo, puede verificar si el imputado es minero informal o ilegal entrando a la base de datos de la DREMH o la SUNAT; puede también verificar en la base de datos del OSINFOR, para verificar que los titulares de una concesión forestal no hayan incurrido en actividades de minería ilegal o la hayan promovido asociándose con estos o este permitiendo que mineros informales trabajen en su concesión. En suma, la información de estos organismos públicos, facilita y optimiza la labor fiscal para incriminar en flagrancia delictiva y consecuentemente pueda instar la incoación de un proceso inmediato.

En síntesis, la punición del delito de minería ilegal será más rápida y eficaz, pues el Proceso inmediato, permite abreviar etapas en el trámite del proceso penal y es un proceso penal especial y un mecanismo de simplificación procesal que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características, son innecesarios mayores actos de investigación.

Así entonces, afirmábamos que el delito de minería ilegal por su naturaleza grave y pluriofensiva requiere una respuesta expeditiva, rápida y eficaz; bajo esa premisa consideramos que la aplicación de mecanismos de simplificación procesal como el proceso inmediato resulta crucial. En efecto, el proceso inmediato que estaba ya regulado en el NCPP y ha sido modificado por el Decreto Legislativo 1194 en lo que concierne a los supuestos bajo los cuales puede aplicarse, es decir, Flagrancia, Confesión Sincera, Suficiencia Probatoria, Omisión a la Asistencia Familiar y Conducción de vehículos en estado de ebriedad y drogadicción, y que además ahora es de aplicación obligatoria bajo responsabilidad funcional del Fiscal; consideramos puede aplicarse eficazmente a la contención de la violencia punitiva ambiental y en específico al delito de minería ilegal.

Por ello, es que la Fiscalía de la Nación ha diseñado un protocolo oficial de actuación procesal en los operativos de interdicción que realiza el Ministerio Público contra la minería ilegal y está contenida en la Resolución N° 4269-2016-MP-FN, donde se disponen los criterios y procedimientos técnicos para la realización de estas intervenciones por parte de fiscales especializados en materia ambiental.



Este documento fija las etapas de la participación de la Fiscalía en casos de interdicción de minería ilegal, siendo estas de programación e intervención, de ejecución y de presentación del informe al despacho del fiscal de la Nación. La etapa de programación e intervención incluye el proceso de planeamiento, información recopilada por entidades intervinientes, acciones de Inteligencia y la recepción del apoyo logístico por parte de las entidades involucradas.

Por su parte, la etapa de ejecución comprende el desplazamiento autorizado con viáticos incluidos del equipo encargado, además de la realización propia del operativo, la coordinación con la Policía Nacional y la Dirección General de Capitanías y Guardacostas (Dicapi) o, de ser requeridas, las Fuerzas Armadas (FFAA), la identificación de víctimas de trata de personas, trabajo infantil o trabajo forzoso, la intervención de la Oficina de Cooperación Judicial Internacional y de Extradiciones de la Fiscalía de la Nación (Ocopjie), y, finalmente, la intervención de la Comisión Nacional de Bienes Incautados (Conabi).

Asimismo, el protocolo establece que el fiscal encargado de la ejecución del operativo, para casos de flagrancia delictiva, debe instar bajo responsabilidad funcional el proceso inmediato, conforme a la Directiva N° 005-2015-MP-FN. Para proceder con esta disposición, el fiscal debe tomar en cuenta los supuestos de: flagrancia, confesión del delito imputado y suficiencia probatoria.<sup>83</sup>

De este modo, la punición del delito de minería ilegal será más rápida y eficaz, pues el Proceso inmediato, permite abreviar etapas en el trámite del proceso penal y es un proceso penal especial y un mecanismo de simplificación procesal -No necesariamente existe etapa de Inv. Preparatoria y No existe etapa intermedia- que se fundamenta en la facultad del Estado de organizar la respuesta del sistema penal con criterios de racionalidad y eficiencia sobre todo en aquellos casos en los que, por sus propias características, son innecesarios mayores actos de investigación.

---

<sup>83</sup> Resolución de Fiscalía de la Nación N° 4269-2016-MP-FN 06-09-2016

Siendo ello así tenemos que debe aplicarse en todos los casos esta herramienta tan útil-tratándose de flagrancia delictiva-, y que muy acertadamente el legislador ha creído conveniente incluirla en nuestro ordenamiento jurídico procesal, toda vez en opinión mía, considero que no hacen falta mayores actos de investigación e indagación a fin de tener indicios razonables y proseguir, en este caso, a la Audiencia de Incoación del Proceso Inmediato. Ello se deriva del tipo penal, el mismo cuya primera parte señala lo siguiente:

***“Artículo 307-A.- Delito de minería ilegal***

*Será reprimido con pena privativa de libertad no menor de cuatro años ni mayor de ocho años y con cien a seiscientos días-multa, el que realice actividad de exploración, extracción, explotación u otros actos similares, de recursos minerales, metálicos o no metálicos, sin contar con la autorización de la entidad administrativa competente (...), (el subrayado es nuestro)”.*

Tal como podemos apreciar el tipo penal en cuestión, solamente exige, además de la obvia realización de la actividad productiva constitutiva, que en este caso es la Minería, que bien podría ser de cualquier índole, sin embargo en la Región de Madre de Dios solo existe Minería Aurífera, además de la realización de operaciones, nuestro Código Sustantivo prescribe que debe haber la NO existencia de Autorización de la Autoridad Competente, con lo cual, tratándose del delito de Minería Ilegal, bastaría con la no presentación de la referida autorización para que habiéndose realizado los operativos descritos con anterioridad, pueda concurrir la flagrancia delictiva, y entonces aplicarse el Proceso Inmediato, toda vez que de no poseer autorización ambiental, entonces estaría incurriendo en la conducta descrita por el delito de Minería Ilegal, pudiendo apreciarse que no se trata ni mucho menos de un delito de índole compleja. Dicha Flagrancia es además contrastada por las constantes destrucciones masivas que el Gobierno del Ex Presidente Sr. Ollanta Humala Tasso dispuso mediante el Paquete Legislativo contenido en los Decretos Legislativos N° 1099 al N° 1107, a través de los cuales se optó por inutilizar la maquinaria y equipos con los cuales supuestamente los imputados realizaban la referida actividad ilegal, entiéndase los delitos de Minería

Ilegal, Contaminación Ambiental, Vertimiento de Residuos Sólidos u otros conexos, respuesta punitiva inmediata por parte del Estado, que hace denotar la clara flagrancia delictiva.

Aquí presentamos el referido paquete legislativo destinado a contrarrestar a la Minería Ilegal en el Perú:<sup>84</sup>

Norma	Promulgación	Publicación	Vigencia
Decreto Legislativo N° 1099.- Decreto Legislativo que aprueba acciones de interdicción de la minería ilegal en el departamento de Puno y remediación ambiental en las cuencas de los ríos Ramis y Suches.	11 de febrero de 2012	12 de febrero de 2012	13 de febrero de 2012
Decreto Legislativo N° 1100.- Decreto Legislativo que regula la interdicción de la minería ilegal en toda la República y establece medidas complementarias.	18 de febrero de 2012	18 de febrero de 2012	19 de febrero de 2012
Decreto Legislativo N° 1101.- Decreto Legislativo que	28 de febrero de	29 de febrero de	01 de marzo de

<sup>84</sup> <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/13071/13683> 20-09-2016  
Hrs. 08:35 a.m.



establece medidas para el fortalecimiento de la fiscalización ambiental como mecanismo de lucha contra la minería ilegal.	2012	2012	2012
Decreto Legislativo N° 1102.- Decreto Legislativo que incorpora al Código Penal los delitos de minería ilegal.	28 de febrero de 2012	29 de febrero de 2012	15 de marzo de 2012 (Vacatio Legis)
Decreto Legislativo N° 1103.- Decreto Legislativo que establece medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de insumos químicos que puedan ser utilizados en la minería ilegal.	03 de marzo de 2012	04 de marzo de 2012	05 de marzo de 2012
Decreto Legislativo N° 1104.- Decreto Legislativo que modifica la	18 de abril de 2012	19 de abril de 2012	20 de abril de 2012

legislación sobre pérdida de dominio.			
Decreto Legislativo N° 1105 Decreto Legislativo que establece disposiciones para el proceso de formalización de las actividades de pequeña minería y minería artesanal	18 de abril de 2012	19 de abril de 2012	20 de abril de 2012
Decreto Legislativo N° 1106.- Decreto Legislativo de lucha eficaz contra el lavado de activos y otros delitos relacionados a la minería ilegal y crimen organizado.	18 de abril de 2012	19 de abril de 2012	20 de abril de 2012
Decreto Legislativo N° 1107.- Decreto Legislativo que establece medidas de control y fiscalización en la distribución, transporte y comercialización de maquinarias y	19 de abril de 2012	20 de abril de 2012	21 de abril de 2012

equipos que puedan ser utilizados en la minería ilegal así como del producto minero obtenido en dicha actividad.			
--	--	--	--

Distinto es el caso de las circunstancias agravantes que presenta este delito-previsto en el artículo 307-B de nuestro Código Penal-, los cuales si requerirían de una serie de actos de investigación e indagación a fin de determinar si tales situaciones han concurrido en la comisión del delito, y por ello no sería factible instar la incoacion del Proceso Inmediato, por su naturaleza de complejo.

En suma considero en primer lugar que el Proceso Inmediato como mecanismo de simplificación procesal, es una herramienta de suma importancia que y debe aplicarse en todos aquellos casos en que se incurra en flagrancia delictiva en el delito de minería ilegal, siempre y cuando no medie complejidad de por medio. Así también considero que tal disposición debería normativizarse en nuestro Código Adjetivo, específicamente en el acápite referido al Proceso inmediato -artículo 446 y sgts-, debiendo incluirse entre sus disposiciones al ya mencionado tipo penal de minería ilegal, ello en razón de que si bien la aplicación del Proceso Inmediato en el delito de minería ilegal se encuentra ya taxativamente dispuestos en la Resolución N° 4269-2016-MP-FN (Protocolo para la Interdicción de la Minería Ilegal), al ser esta una Resolución de la Fiscalía de la Nación, ocupa un escalafón inferior en la Pirámide Kelseniana de Jerarquía Normativa; por tanto, debería-en opinión mía- regularse también en nuestro Código Procesal Penal.

Finalmente, en definitiva tal como hemos podido apreciar del análisis realizado en ítems anteriores, son muy pocos los procesos de minería ilegal los cuales han concluido y llegado a finiquitarse de alguna manera u otra, ya sea por archivamiento-o sobreseimiento- o sencillamente por una sentencia condenatoria o absolutoria, debido



esencialmente al perenne retardo en la administración de justicia que existe, lo cual finalmente se traduce en impunidad, denotando una vez más la imperiosa necesidad de aplicarse este tipo de mecanismos, para este tipo de delitos que exige una rápida reacción punitiva por parte de nuestro aparato jurisdiccional, y donde el Estado a través de sus facultades legislativas juega un papel preponderante, tal como lo ha demostrado en los últimos años.

## **5.2. LA PUNICION DEL DELITO DE MINERIA ILEGAL COMO DELITO DE CRIMINALIDAD ORGANIZADA**

En esta sección se analiza el “modus operandi” del delito de minería ilegal asociada a otros delitos de gran lesividad social como la trata de personas, defraudación tributaria, lavado de activos, y otros delitos, así como las técnicas de investigación para enfrentarla. Recientemente, el delito de minería ilegal ha sido incorporado como una forma de crimen organizado mediante el Decreto Legislativo 1244 y por consiguiente pasa a ser regulado por la ley N° 30077, Ley contra el crimen organizado; por lo tanto, puede aplicársele los métodos de investigación previstos en dicha ley.

En efecto, el decreto legislativo aludido incorpora como delitos ambientales, las modalidades delictivas tipificadas en los artículos 307-A, 307-B, 307-C, 307-D y 307-E, 310-A, 310-B y 310-C del Código Penal; la norma promulgada el 29.10.2016, es una respuesta de política criminal para encarar la criminalidad que hoy impera en el Perú, caracterizada por nuevos delitos de gran afectación al interés público perpetrados por grupos criminales organizados.

Estas nuevas tendencias de la criminalidad; requiere abogados, fiscales y jueces especializados en el manejo de técnicas de litigación oral; persecución estratégica del delito; que conozcan las nuevas técnicas de investigación criminal; las formas de afectar el patrimonio criminal aplicando la ley de pérdida de dominio; el manejo de técnicas de negociación para aplicar eficazmente los mecanismos de simplificación procesal como la acusación directa, el proceso inmediato, la terminación anticipada o la colaboración eficaz, los cuales forman parte del derecho penal transaccional.

En el caso de Madre de Dios, es obvio que se ha considerado el gran potencial lesivo que tiene el minero ilegal que en algunos casos está asociado a otros delitos como la defraudación tributaria y el lavado de activos. En relación a ello, el caso del “clan familiar Baca Casas”, es ilustrativo. En efecto, en el año 2013, el Dr. Edmundo Pedro Calderón Cruz, Titular de la 2° Fiscalía Superior Nacional Especializada Contra la Criminalidad Organizada, autorizo que se investigue al clan familiar encabezado por Gregoria Casas Huamanhuilca (conocida con el apelativo de "Tía Goya"), su esposo Cecilio Baca Fernández y sus siete hijos, por la presunta comisión del delito de lavado de activos teniendo como delito precedente el delito de minería ilegal perpetrado en Madre de Dios.

En la Resolución del fiscal aludido, se afirma que la familia Baca Casas realiza operaciones mineras en la región Madre de Dios desde hace más de 40 años y que esta actividad constituye el origen de su patrimonio, el cual es incompatible con la de un pequeño productor minero o minero artesanal. Su fortuna es cuantiosa, opera concertadamente con su clan familiar y no puede acreditar el origen legal de su patrimonio; por lo que existirían graves y fundados elementos de convicción que vinculan a los investigados con los delitos de defraudación tributaria y de lavado de activos

El caso en comentario, es solo uno de los casos emblemáticos. Pero consideramos acertada la decisión de considerar el delito de minería ilegal como delito de crimen organizado pues permitirá reprimir con mayor eficacia el delito de minería ilegal con la cual no hay posibilidad de negociación porque opera al margen de la ley y está asociada a otros delitos de gran lesividad social. Por ello, hay que erradicarla y reprimirla con apego a la Constitución y la Ley.

Utilizar el concepto de crimen organizado en la investigación fiscal incorporando otros delitos es más disuasivo, pues cuando a alguna persona le inician una investigación por minería ilegal pero además por trata de personas, defraudación tributaria, lavado de activos y otros delitos de gran conmoción social; se asume una visión más incriminatoria porque hay un nivel de investigación mucho más profundo que permite aplicar los mecanismos de investigación diseñados para enfrentar al crimen organizado como la interceptación postal, la intervención de las comunicaciones, el agente encubierto, la delación premial (colaboración eficaz) y otros previstos en la Ley 30077.

En esa misma línea argumentativa, podemos afirmar que para encarar eficazmente el delito de minería ilegal y los delitos ambientales; se debe hacer uso del llamado Derecho Penal Premial, que consiste en atenuar penas o exonerar de responsabilidad penal al denunciado a cambio de que proporcione información vital para descubrir todo el ámbito de criminalidad organizada. Desde esa visión, la aplicación de la Colaboración eficaz es el mecanismo más idóneo para dicho propósito. Los procesos penales deben construirse desde la óptica de la organización criminal y no quedarnos solo en la punición a la persona que comete el delito.

### **5.3. LAS MEDIDAS COERCITIVAS MÁS IDÓNEAS PARA LA REPRESIÓN DE LA MINERÍA ILEGAL/INFORMAL.**

En los delitos ambientales, la pretensión cautelar o precautoria destinada a garantizar la eficacia jurídico procesal de la sentencia, es decir, que la pretensión punitiva y la pretensión resarcitoria se materialicen en forma efectiva; está basado en el principio de internalización de los costos ambientales, según la cual toda persona natural o jurídica, pública o privada, debe asumir los riesgos o daños que genere sobre el medio ambiente, es decir, debe asumir los pasivos ambientales.

Por consiguiente, en la punición de los delitos ambientales resulta crucial aplicar las medidas cautelares más eficaces, prescindiendo incluso de lo que disponga la autoridad administrativa, conforme lo dispone el artículo 314-C del Código Penal, el cual preceptúa que: *“Sin perjuicio de lo ordenado por la autoridad administrativa, el Juez dispondrá la suspensión inmediata de la actividad contaminante, extractiva o depredatoria, así como las otras medidas cautelares que correspondan (...)”*

Respecto a las medidas coercitivas personales que permiten la sujeción de los imputados al proceso penal, y garantizan la eficacia de la pretensión punitiva de la fiscalía; consideramos que en el caso de los delitos perpetrados por los mineros ilegales/informales, debe aplicarse preferentemente la prisión preventiva, pues el minero ilegal tiene un gran potencial lesivo y cambia constantemente de lugar debido a que las labores de explotación minera se realizan a “tajo abierto” mediante el sistema del “busconeo”, es decir, persiguiendo la parte más rica del material aluvial conforme se va



presentando en el terreno y cuando el potencial aurífero disminuye, el minero ilegal cambia inmediatamente de lugar.

Ello explica porque el minero ilegal/informal tiene un “campamento” totalmente precario (se utilizan plásticos, madera y shapaja que es una planta silvestre muy utilizada para techar estas viviendas); y es precisamente para facilitar sus desplazamientos dentro de su propia concesión o en concesiones de terceros como “invitado” asumiendo el pago de una regalía.

Por consiguiente, el minero ilegal/informal en la mayoría de los casos no tiene arraigo laboral o familiar porque estos campamentos están diseminados en las diferentes quebradas alejadas de los centros poblados y en lugares inhóspitos y solos donde hay potencial minero; por tanto, el peligro de fuga es inminente. Así mismo, puede perturbar la acción probatoria desapareciendo todo vestigio de su accionar delictivo o amenazando a testigos. Por otro lado, la prognosis de pena para los delitos analizados en nuestra investigación tienen una pena conminada en el extremo mínimo mayor a cuatro años y considerando las circunstancias agravantes y atenuantes que circunscriben al hecho punible, es decir, las circunstancias que aumentan o disminuyen la criminalidad de la acción o la culpabilidad del agente, la pena concreta será mayor a 4 años. Así mismo, en el delito de minería ilegal puede acreditarse suficiencia probatoria de manera directa y en el caso de la minera informal se requieren ulteriores actos de investigación. En consecuencia, se cumplen los presupuestos establecidos en el artículo 268 del NCPP respecto a la prisión preventiva y con la cual se garantiza plenamente la sujeción del imputado al proceso penal y constituye la medida coercitiva de orden personal más idónea para la punición de los delitos materia de nuestra investigación.

En relación, a las medidas coercitivas de orden real, que afectan el patrimonio criminal y garantizan la eficacia de la pretensión resarcitoria; deben aplicarse la orden de inhibición, el embargo y preferentemente la incautación de bienes, maquinarias, equipos e insumos prohibidos utilizados en la comisión del delito de minería ilegal/informal. En los casos en que por cualquier causa no es posible iniciar o continuar el proceso penal, o haya concluido sin haberse desvirtuado el origen ilícito de los objetos, instrumentos, efectos o ganancias del delito, o estos se descubren con posterioridad a la etapa intermedia o se descubren con posterioridad al proceso penal; debe aplicarse los alcances del Decreto Legislativo N° 1104 que regula la aplicación del proceso de pérdida de dominio, es decir, la extinción de los derechos y/o títulos de

procedencia ilícita en favor del estado, sin contraprestación ni compensación de ningún tipo.

En este caso, todo el patrimonio criminal utilizado para desarrollar minería ilegal o que provengan de recursos generados por esta actividad, es incautada y pasa a favor del estado, siendo puestos a disposición de la Comisión Nacional de Bienes Incautados (CONABI), entidad adscrita a la PCM y encargada de la recepción, registro, calificación, conservación, administración y disposición de dichos bienes incautados.

En suma, resulta crucial afectar el patrimonio criminal, no solo para evitar la reiteración delictiva, sino también, para garantizar el pago de la reparación civil tanto a favor del estado para remediar los pasivos ambientales, como para el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados a los directamente agraviados por la violencia punitiva ambiental o en su caso a los perjudicados debidamente constituidos como actor civil. En este último caso debe aplicarse las reglas de la responsabilidad civil extracontractual para determinar el monto indemnizatorio.

Por otro lado, de ninguna manera avalamos la “destrucción” de los bienes, maquinarias y equipos dispuesto en el art. 7, numeral 7.2 del Decreto Legislativo N°1100; pues el principio de interdicción de la arbitrariedad prohíbe la arbitrariedad, es decir, proscribire la injusticia y opera como correctivo de actuaciones abusivas o discriminatorias. En Madre de Dios, los días 27, 28 y 29 de Agosto del 2013 se realizó un mega operativo denominado AURUM II, pero lo más grave es que estas acciones de interdicción se realizaron en la zona autorizada para la actividad minera, es decir, en el denominado “corredor minero” y en contra de operadores mineros que estaban inmersos en el proceso de formalización, lo cual constituye ciertamente un arbitrariedad desmesurada. En AURUM II, se han “dinamitado” y destruido innecesariamente cargadores frontales, excavadores, volquetes y otros equipos utilizados por la minería ilegal/informal; pudiendo haber sido incautados y puestos a disposición de La CONABI y luego asignados a los gobiernos regionales o locales para impulsar obras de desarrollo y/o encarar desastres naturales.

En esa misma línea argumental, consideramos que la arbitrariedad en la punición de los delitos ambientales perpetrados por los mineros ilegales/informales, es incompatible con una justicia inclusiva, democrática y pluralista; y vulnera el derecho a la vida, al trabajo, a la libertad de empresa y a la explotación sostenible de los recursos naturales.



Debemos construir el ideal de un derecho penal liberal, democrático, ultima ratio; que incorpore los principios de necesidad, proporcionalidad, razonabilidad y valores constitucionales como la justicia, la igualdad y el derecho a la no discriminación. Es decir, debemos desterrar el “terrorismo punitivo” y avanzar hacia una genuina Constitucionalización del derecho penal, sin la cual la potestad punitiva del estado deviene en despótica y arbitraria.<sup>85</sup>

#### **5.4. PROPUESTAS EN RELACION A LAS RESTRICCIONES DE ACCESO A LA JUSTICIA PENAL AMBIENTAL**

El estado de indefensión de las comunidades nativas impactadas por el accionar de la minería ilegal/informal es una seria restricción para el acceso a la Justicia Penal Ambiental en Madre de Dios y genera impunidad. La minería aurífera convive con la pobreza y la exclusión social, y ha sido incapaz de transformarla. En esa situación, las Comunidades Indígenas no pueden asumir el costo de los informes especializados y costos procesales para acreditar la vulneración al medio ambiente y muchas veces tienen que lidiar con el poder económico de los mineros y el propio Estado. Ante esta realidad factual concreta, resulta crucial que la legitimación activa en la denuncia de delitos ambientales y de minería ilegal sea asumida preferentemente por el Ministerio Público y las Procuradurías de las entidades públicas vinculadas a la protección del medio ambiente, cuya labor debe ser potenciada.

Así mismo, y en un esfuerzo de mayor alcance el MINJUS debe impulsar la creación de una Unidad de Asistencia a Víctimas y una Unidad de Defensa Publica Penal especializados en materia ambiental, con sede en la Dirección Distrital de Defensa Pública y Acceso a la Justicia de Huepetuhe; para brindar asistencia legal gratuita a las comunidades nativas y otros actores sociales cuyos derechos ambientales hayan sido quebrantados. En esa misma perspectiva, instar al Ministerio Publico la implementación de una Unidad de Asistencia Inmediata a Víctimas y Testigos en el Distrito Fiscal de Madre de Dios, sede Huepetuhe; para apoyar la labor fiscal brindando asistencia multidisciplinaria a las víctimas y testigos que estén en estado de vulnerabilidad e intervengan o sean parte en procesos penales ambientales o de minería ilegal.

<sup>85</sup> Sobre este tópico véase: Morante Gomes Juan Pablo: “Neoconstitucionalismo y Constiucionalismo Popular: En Torno al Manejo de la Política Criminal en un Estado Constitucional de Derecho” Ponencia, Universidad de Cartagena, Mayo, 2010.



En relación a los tipos penales que han sido materia de nuestra investigación referidos a los delitos ambientales y sus formas agravadas previstos en los 304 y 305 del Código Penal, podemos afirmar que son normas penales en blanco, técnica jurídica que implica el traslado de la carga de la prueba a la autoridad ambiental, la cual en aplicación del Artículo 149.1 de la Ley General del Ambiente, Ley 28611; debe emitir un informe fundamentado por escrito sobre si la conducta del agente agresor es o no reprochable penalmente, es decir, dicho informe determina si se ha infringido la legislación ambiental y por tanto el hecho denunciado puede ser objeto de punición.

De la investigación realizada se ha verificado que la Entidad de Fiscalización Ambiental (EFA) de la Dirección Regional de Energía, Minas e Hidrocarburos (DREMH) de la Región Madre de Dios, encargada de emitir dicho informe según lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1101; ha cumplido deficientemente su labor de fiscalización evaluación y control de la minería aurífera, generando impunidad. Por ello, debe aplicarse mecanismos idóneos para que este informe sea emitido con la celeridad que el delito ambiental exige, bajo apercibimiento de sancionar penalmente y con inhabilitación al funcionario público que por negligencia inexcusable o por haber faltado a sus obligaciones funcionales no emita dicho informe en el plazo y la forma prevista por la ley.

En el caso de los artículos 307-A y 307-B, que tipifican el delito de minería ilegal y sus formas agravadas, asumimos que para efectos de la incriminación debe prescindirse de dicho informe técnico en virtud del principio precautorio y la acusación fiscal debe ser directa cuando se verifiquen los supuestos de confesión sincera y flagrancia delictiva. Así mismo, es necesario repensar seriamente la posibilidad de que el informe técnico aludido que sustenta la pretensión punitiva de la fiscalía, sea formulada por una unidad especializada adscrita a las Fiscalías Especializadas en Materia Ambiental (FEMAs), dotándolas de capacidad técnica, científica, operativa y legal.

Por otro lado y en relación a la accesoriedad del derecho penal respecto al derecho administrativo, tema vinculado además al mecanismo procesal de la cuestión previa, como factores que limitan el acceso a la Justicia Penal Ambiental y generan por tanto impunidad; podemos precisar que la preeminencia del derecho administrativo respecto al derecho penal solo debe asumirse en el caso de los delitos ambientales tipificados en los artículos 304, 305 y sus formas agravadas que son materia de nuestra investigación y en los cuales se requiere solvencia probatoria (informe documentado de la autoridad

ambiental); igual criterio debe adoptarse en la aplicación de la cuestión previa como mecanismo de defensa procesal penal.

En el caso de los artículos 307-A y 307-B, delito de minería ilegal y sus formas agravadas, sostenemos que debe prescindirse de dicho informe técnico en virtud del *principio precautorio* y la acusación fiscal debe ser directa cuando se verifique los supuestos de confesión sincera y flagrancia delictiva; es decir, debe primar el derecho penal como mecanismo de contención de la violencia punitiva ambiental. En estos casos la cuestión previa debe ser desestimada porque su postulación devendría en un subterfugio dilatorio.

En síntesis, la accesoriedad al que hacemos alusión tiene una connotación relativa, pues tanto el derecho administrativo como el derecho penal deben complementarse, la primera fiscalizando y sancionando las actividades potencialmente dañinas para el medio ambiente y la segunda para sancionar las conductas punitivas más graves. Se trata de buscar una protección global del medio ambiente que garantice el derecho fundamental a vivir en un ambiente sano y equilibrado.

Por otro lado, el carácter difuso o colectivo del sujeto pasivo en los delitos ambientales y de minería ilegal, hace que la legitimidad para obrar recaiga generalmente en comunidades nativas, campesinas o indígenas que ha sido excluidas del desarrollo socio económico y están por tanto, en un estado de indefensión, lo que hace sumamente difícil su acceso a la justicia penal ambiental. Por ello, el rol del Ministerio Público, Las Procuradurías, los Organismos de Desarrollo no Gubernamental Ambientalistas (ONGs), Organismos de Derechos Humanos y otros actores sociales; resultan siendo vitales para asumir la legitimación activa para la tutela jurisdiccional de los intereses difusos por derecho propio o en representación de las comunidades nativas.

Lo anterior, es crucial en la medida en que la titularidad de la pretensión resarcitoria en el proceso penal ambiental, tiene dos pretendientes: El Estado y los organismos aludidos respecto a la restitución del bien jurídico tutelado o de su valor equivalente; y la víctima o el perjudicado en su caso, en relación a los daños y perjuicios irrogados. Por tanto, el “quantum indemnizatorio” debe ser compartido solidariamente por ambos pretendientes, para la remediación de los pasivos ambientales y el resarcimiento de los daños y perjuicios respectivamente. Por esta razón, es imprescindible que las comunidades

nativas se constituyan como parte civil en los procesos penales ambientales directamente o mediante representación legal.

Finalmente, y en relación a la aplicación del Principio de Oportunidad en los delitos ambientales y de minería ilegal analizados en la presente investigación; debemos precisar que este criterio de oportunidad regulado en NCPP., no puede aplicarse en delitos graves, pluriofensivos y de gran lesividad social como los delitos reseñados; pues los supuestos previstos en la norma penal adjetiva para su aplicación son factores excluyentes de la responsabilidad penal. Así, La suspensión de actividades mineras ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable comunicando de este hecho al OEFA o a la EFA del Gobierno Regional mediante instrumento de fecha cierta; y/o el hecho de insertarse en programas de formalización minera; y/o que el minero no logre su Certificado de Operación Minera (COM) por culpa inexcusable del funcionario a cargo del proceso de formalización; son claramente factores que eximen de responsabilidad penal a los mineros ilegales/informales generando abiertamente impunidad.

Por ello, proponemos prohibir la aplicación del principio de oportunidad en los delitos ambientales y el delito de minería ilegal e instamos al Ministerio Público a proponer una iniciativa de ley para derogar el numeral 8 del artículo 2 del Código Procesal Penal vigente, la Primera Disposición Complementaria Final del decreto legislativo 1102 y la Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1351; pues son normas que impiden la punición efectiva de estos delitos de gran conmoción social.



## CONCLUSIONES

### CONCLUSIÓN GENERAL

En la presente investigación ha logrado demostrarse que en el periodo (2012-2016) la punición de los delitos ambientales y el delito de minería ilegal en el Distrito Judicial de Madre de Dios ha sido muy limitado por la existencia de barreras o restricciones de orden legal como los tipos penales ambientales en blanco; la pluralidad de agraviados e intereses difusos (los intereses difusos o colectivos del sujeto pasivo); la accesoriedad del derecho penal respecto al derecho administrativo; la carencia de una policía científica y de jueces y fiscales especializados en materia ambiental; la aplicación del Principio de oportunidad, la inaplicación del Proceso Inmediato y el estado de Indefensión de las Comunidades Nativas. Estos factores explican porque no se reprime eficazmente los delitos aludidos, **generando impunidad** y vulneración de los DESCs. de las Comunidades Nativas y otros actores sociales.

### CONCLUSIONES ESPECÍFICAS

1. Los delitos ambientales y sus formas agravadas previstos en los artículos 304 y 305 del Código Penal, son normas penales en blanco, técnica jurídica que en la práctica implica el traslado de la carga de la prueba a la autoridad ambiental, la cual en aplicación del Artículo 149.1 de la Ley General del Ambiente, ley 28611; debe emitir un informe fundamentado sobre si se ha infringido la legislación ambiental y por tanto el hecho denunciado puede ser objeto de punición. La EFA de la DREMH, encargada de emitir dicho informe según lo dispuesto en el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1101; ha cumplido deficientemente su labor de fiscalización; pues no cuenta con los recursos humanos, logísticos y presupuestales para dicha tarea; generando impunidad. En el caso de los artículos 307-A y 307-B, delito de minería ilegal y sus formas agravadas, debe prescindirse de dicho informe técnico en virtud del principio precautorio y la acusación fiscal debe ser directa cuando se verifique los supuestos de confesión sincera y flagrancia delictiva. Debe repensarse la posibilidad de que el

informe fundamentado que sustente la acusación fiscal sea emitido por el Equipo Forense Especializado en Materia Ambiental (EFOMA), y/o por el Laboratorio Forense Ambiental, del Instituto de Medicina Legal del Ministerio Público; unidades especializadas adscritas a las Fiscalía Especializada en Materia Ambiental (FEMA) dotándolas de capacidad técnica, científica, operativa y legal.

2. El principio de oportunidad, diseñado para delitos leves, no puede aplicarse en delitos graves, pluriofensivos y de gran afectación al interés público como los delitos ambientales y el delito de minería ilegal. La suspensión de actividades mineras ilícitas de modo voluntario, definitivo e indubitable comunicando de este hecho al OEFA mediante instrumento de fecha cierta; y/o el hecho de insertarse en programas de formalización minera; y/o que el minero no logre su COM por culpa inexcusable o negligente del funcionario a cargo del proceso de formalización; son excluyentes de responsabilidad penal y generan abiertamente impunidad. Estas normas son restricciones que impiden la punición efectiva de los delitos precitados. Deben derogarse el numeral 8 del artículo 2 del NCPP; la Primera Disposición Complementaria Final del decreto legislativo 1102 y la Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1351; y prohibir la aplicación del principio de oportunidad en los procesos de delitos ambientales y el delito de minería ilegal. Las Comunidades Nativas de Madre de Dios, están en un estado de indefensión; limitados de acceder a la TJE para proteger sus DESCs. La indefensión, es una carencia inherente a una situación de pobreza. En la Cuenca Aurífera que abarca la zona minera, el índice de desarrollo humano (IDH) es sumamente bajo y en ella coexisten pobreza, indefensión y exclusión social. Las Comunidades Indígenas no pueden asumir el costo de los informes especializados y costos procesales para acreditar la vulneración al medio ambiente y tiene que lidiar con el poder económico de los mineros y el propio Estado. En suma, la precariedad económica de las comunidades nativas les genera indefensión y por consiguiente es una seria barrera de acceso a la justicia penal ambiental. Por ello, resulta crucial que la legitimación activa en la denuncia de delitos ambientales y de minería ilegal sea asumida preferentemente por el Ministerio Público y las Procuradurías de las entidades públicas vinculadas a la protección de la biodiversidad.

3. La legitimación activa para la tutela jurisdiccional de los intereses difusos recae en el Ministerio Público, Las Procuradurías y las Comunidades Nativas y otras personas directamente ofendidas por el accionar delictivo de los mineros ilegales/informales. La titularidad de la pretensión resarcitoria en el proceso penal ambiental, tiene dos pretensores: El Estado y los organismos públicos aludidos respecto a la restitución del bien jurídico tutelado o de su valor equivalente; y la víctima o el perjudicado en su caso, en relación a los daños y perjuicios irrogados. El “quantum indemnizatorio” debe ser compartido solidariamente por ambos pretensores para la remediación de los pasivos ambientales y el resarcimiento de los daños y perjuicios. En el periodo investigado, 2,500 casos han sido denunciados por delitos ambientales y el delito de minería ilegal, 300 han sido judicializados y solo 10 tienen sentencia condenatoria; estos magros resultados contrastan con el grado de criminalidad que se ha venido incrementando en la zona. Los operadores de justicia penal ambiental tienen limitaciones en recursos humanos, presupuestales, logísticos, de accesibilidad a las zonas mineras y la falta de articulación con los otros operadores del sistema de justicia ambiental. En el ámbito del Distrito Fiscal, existe una Fiscalía Provincial Corporativa Especializada en Materia Ambiental, conformada por 3 Fiscalías Especializadas a cargo de 03 fiscales provinciales y 08 fiscales adjuntos provinciales. La totalidad de estos fiscales laboran en la ciudad de Puerto Maldonado, que está muy distante al centro nodal de la actividad minera ilegal/informal que se desarrolla en el ámbito del llamado “Corredor Minero”; donde no existe una FEMA, una Unidad de Asistencia a Víctimas y una Unidad de Defensa Pública Penal especializados en materia ambiental del MINJUS y menos una Unidad de Asistencia Inmediata a Víctimas y Testigos del Ministerio Público.

4. En el Distrito Judicial de Madre de Dios, no existe ningún Juzgado Ambiental; por ello, todos los procesos judicializados han sido derivados al Juzgado de Investigación Preparatoria especializado en delitos ambientales ubicado en el distrito judicial de Cusco. El traslado de la competencia en los delitos ambientales perpetrados en la Región Madre de Dios al Distrito Judicial de Cusco; constituye una flagrante vulneración del derecho al Juez Natural y puede afectar el derecho de defensa y el derecho a probar que son componentes esenciales del Debido Proceso y la Tutela Jurisdiccional Efectiva. Se requiere descentralizar el sistema Judicial, Fiscal, Procuradurías Públicas y Defensoría Pública en materia penal ambiental; e



Implementar un juzgado de investigación preparatoria especializado en materia ambiental en el distrito de Huepetuhe, con competencia en los distritos de Madre de Dios, Manu e Inambari; ámbito del “Corredor Minero”. Los impactos ambientales más recurrentes de la minería ilegal/informal en Madre de Dios son la deforestación de los bosques y el vertimiento de relaves mineros con sustancias tóxicas como el mercurio a los ríos de la cuenca aurífera, causando graves daños patrimoniales y ecológicos en desmedro de las comunidades nativas y otros actores sociales. Las concesiones mineras están “superpuestas” a tierras comunales, concesiones forestales y Las ANPs. Las áreas directamente impactadas por la minería aurífera son la Reserva Comunal de Amarakaeri y la zona de amortiguamiento de Reserva de Tambopata; en este último, la deforestación y depredación de bosques primarios es descomunal. En el sector denominado “La pampa”, en el periodo 2012-2016 se han deforestado más de 3,363 hectáreas.

5. La minería aurífera es la principal actividad económica de la región Madre de Dios, y tiene un efecto dinamizador en comercio, servicios y transporte. Por ello, se debe propiciar en el área autorizada del “Corredor Minero”; una minería sustentable, social y ambientalmente responsable; una minería que respete las leyes laborales, tributarias, ambientales y penales; y a partir de ella impulsar otras actividades sostenibles como la reforestación, la conservación, el ecoturismo, la ganadería y la agro exportación; y en las cuales Madre de Dios tiene enormes ventajas comparativas. Se trata de propiciar la reconversión de la minería aurífera en actividades sustentables; ello implica formalizar a los mineros informales y reprimir a la minería ilegal. El minero ilegal/informal tiene un gran potencial lesivo y para someterlo al proceso penal se requiere medidas cautelares eficaces. Para garantizar la eficacia jurídica procesal de la pretensión punitiva debe aplicarse como medida coercitiva de orden personal preferentemente la prisión preventiva. Las medidas coercitivas de orden real, que afectan el patrimonio criminal y garantizan la eficacia de la pretensión resarcitoria; deben ser el embargo y prioritariamente la incautación de bienes, maquinarias, equipos e insumos prohibidos utilizados en la comisión del hecho incriminado. En algunos supuestos predeterminados por ley debe aplicarse la incautación mediante el proceso de pérdida de dominio. Para ello, se requiere adoptar en la SUNARP., el sistema constitutivo de derechos y la

inmatriculación obligatoria de Maquinarias y equipos para facilitar la anotación de medidas cautelares.

6. El principio de interdicción de la arbitrariedad proscribire la injusticia y las actuaciones abusivas y discriminatorias. La “destrucción” de los bienes, maquinarias y equipos de los mineros ilegales/informales dispuesto en el art. 7, numeral 7.2 del Decreto Legislativo 1100; es incompatible con una justicia inclusiva, democrática y pluralista. Debemos desterrar La arbitrariedad en la punición de los delitos ambientales; interdicar no significa “dinamitar” maquinarias y equipos. Debemos construir el ideal de un derecho penal liberal, democrático, ultima ratio y avanzar hacia una genuina Constitucionalización del derecho penal, sin la cual la potestad punitiva del estado deviene en despótica y arbitraria. El proceso de Formalización Minera en la región Madre de Dios ha sido un fracaso. A Diciembre 2016, de los 4,507 mineros informales que presentaron su declaración de compromiso ningún minero logro formalizarse, pese a que en el periodo 2013-2015 se presentaron a la Entidad de Fiscalización Ambiental (EFA) del Gobierno Regional, 652 Instrumentos de Gestión Ambiental Correctiva (IGACs), requisito previo a la obtención del Certificado de Operación Minera. Según la Contraloría General de la Republica, estos IGACs no fueron aprobados por la actitud negligente del Gobernador Regional, Luis Otsuka Salazar, y de los funcionarios de la Dirección Regional de Energía, Minas e Hidrocarburos (DREMH); quienes incumplieron con sus obligaciones funcionales. Aunado a ello la falta de recursos humanos, logísticos y presupuestales.

7. El Estado ha priorizado las acciones de interdicción, es decir, la confiscación y/o destrucción de bienes, maquinaria y equipos utilizados en la minería aurífera, con intervención del Ministerio Público, La Policía Nacional y las Fuerzas Armadas; y pese a ello, la degradación, la violencia punitiva ambiental y los delitos asociados a la minería continúan en avance con total impunidad. En general, la normativa destinada a la formalización es confiscatoria, discriminatoria, restrictiva de la actividad minera, ha sido formulado sin tomar en cuenta el carácter multiétnico, pluricultural de la región y los mineros de Madre de Dios no han podido cumplirlo y se han visto obligados a enajenar, renunciar o caducar sus derechos mineros y otros han entrado a la ilegalidad.

El actual gobierno flexibiliza el proceso de formalización abriendo el registro para nuevos operadores incluso para aquellos mineros que tienen sus concesiones en áreas de exclusión minera; permite el uso de cargadores frontales, retroexcavadoras y otras maquinarias, que anteriormente estaba prohibida; se incluye a la minería ilegal como delito de crimen organizado; y se exonera del delito de minería ilegal a quienes se incorporen al nuevo “Registro Integral de Formalización Minera” y a los que no logren formalizarse por negligencia del funcionario público. Esto último, es una causal excluyente de responsabilidad penal; los fiscales no podrán acusar a estos mineros y en aplicación del principio de retroactividad benigna en materia penal puede alcanzar también a procesados o sentenciados dejando sin efecto todos los casos judicializados. En suma, esta última norma propiciara mayor impunidad y constituye una seria restricción para reprimir los delitos ambientales. Una genuina formalización minera requiere soluciones pragmáticas y expeditivas como la focalización del proceso en el “corredor minero”; implementando un “Programa de Acompañamiento” al proceso de formalización, mediante la instalación de oficinas descentralizadas en las zonas con potencial aurífero de Delta I, Huepetuhe y Mazuco, dotándolos de personal calificado, logística y presupuesto; replicando el modelo propulsado por el Gobierno Regional de La Libertad.

**8.** La criminalización de la minería aurífera en tierras de comunidades nativas que están dentro del “corredor minero”, tipificado como delito de minería ilegal agravada; resulta discriminatorio y excluyente pues en la región Madre de Dios, algunas comunidades indígenas tienen en sus tierras un potencial minero y directa o indirectamente realizan actividades mineras; es el caso de las comunidades nativas de Kotsimba, El Pilar, Boca Inambari, Puerto Luz, Arazaire, Tres Islas y San Jacinto, Amarakaeri, San José de Karene y Barranco Chico; algunos de los cuales cuentan con derechos mineros en proceso de formalización. Por ello, solo debe criminalizarse la minería que se realiza en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas que están en zonas no autorizadas o áreas de exclusión minera. La cuestión previa como mecanismo de defensa procesal penal solo debe aplicarse en el caso de los delitos ambientales en los cuales se requiere de un informe fundamentado por escrito emitido por la autoridad ambiental. No obstante, debe aplicarse mecanismos idóneos para que este informe sea emitido con la celeridad que la pretensión punitiva exige bajo apercibimiento de



sancionar penalmente y con inhabilitación al funcionario público que por negligencia inexcusable o por haber faltado a sus obligaciones funcionales no emita dicho informe en el plazo que la ley señala. En el delito de minería ilegal debe prescindirse de dicho informe fundamentado y la aplicación de una consecuencia jurídico penal debe ser directa.

9. La incorporación del delito de minería ilegal como una forma de crimen organizado mediante el Decreto Legislativo 1244 es acertada y por lo tanto, puede aplicársele los métodos de investigación previstos en la ley N° 30077, Ley contra el crimen organizado. En el caso de Madre de Dios, es obvio que se ha considerado el gran potencial lesivo que tiene el minero ilegal que en algunos casos está asociado a delitos como la defraudación tributaria, lavado de activos y otros delitos de gran conmoción social. Utilizar el concepto de crimen organizado en la investigación fiscal incorporando otros delitos es más disuasivo y permitirá reprimir con mayor eficacia el delito de minería ilegal, con el cual no hay posibilidad de negociación. Los delitos ambientales y el delito de minería ilegal, requieren una represión expeditiva, rápida y eficaz. Por ello, resulta crucial la aplicación del proceso inmediato en el cual el agente agresor puede ser acusado, juzgado y sentenciado de manera rápida y efectiva. En el caso de los delitos ambientales que requieren solvencia probatoria y el informe documentado de la autoridad administrativa, en cuyo caso su aplicación tendría limitaciones. Pero debe instarse obligatoriamente en los supuestos de flagrancia delictiva y confesión sincera incluso en los casos que exista pluralidad de imputados siempre que estos estén inmersos en el mismo delito. Puede ser realizada de oficio, en vía de prevención o en el marco de una investigación; siendo el momento más propicio para su aplicación durante las acciones de interdicción en contra de la minería ilegal/informal. Que, no existen mecanismos legales eficaces para el resarcimiento de los daños y perjuicios causados por el delito de minería ilegal, los operadores del derecho penal priorizan la pretensión punitiva, lo cual no garantiza la eficacia jurídica de la sentencia penal y es incompatible con el derecho a una Tutela Jurisdiccional efectiva.

## RECOMENDACIONES

### **- EN EL AMBITO DE LA PUNICION DE LOS DELITOS AMBIENTALES Y EL DELITO DE MINERIA ILEGAL.**

1. El estado de indefensión de las comunidades nativas impactadas por el accionar de la minería ilegal/informal es una seria restricción para el acceso a la Justicia Penal Ambiental en Madre de Dios; por lo que se recomienda al Ministerio de Justicia y Derechos humanos para que a través de la Dirección de Asistencia Legal y Defensa de Víctimas y la Dirección General de Defensa Publica Penal; pueda impulsar la creación de una Unidad de Asistencia a Víctimas y una Unidad de Defensa Publica Penal especializados en materia ambiental, con sede en la Dirección Distrital de Defensa Pública y Acceso a la Justicia de Huepetuhe; para brindar asistencia legal gratuita a personas en estado de indefensión que han sufrido la vulneración de sus derechos.

2. Fortalecer el Sistema de Defensa Jurídica del Estado, potenciando las labores de las procuradurías del Gobierno Regional, Gobiernos Locales y de las instituciones públicas vinculados al accionar de la minería ilegal/informal en Madre de Dios; como: La Dirección Regional de Energía, Minas e Hidrocarburos (DREMH), El Organismo de Supervisión de los Recursos Forestales y de Fauna Silvestre (OSINFOR); El Servicio Nacional de Áreas Naturales Protegidas por el Estado (SERNANP); y El Instituto Geológico Minero Metalúrgico del Perú (INGEMMET) y otros similares; con la finalidad de garantizar la eficacia jurídica procesal de la pretensión resarcitoria y posibilitar con ello la remediación de los pasivos ambientales.

3. Proponer al Ministerio Publico la implementación de una Unidad de Asistencia Inmediata a Víctimas y Testigos en el Distrito Fiscal de Madre de Dios, sede Huepetuhe; para apoyar la labor fiscal brindando asistencia legal, psicológica y social a las víctimas y testigos que estén en estado de vulnerabilidad e intervengan en los procesos penales que tengan una connotación de delito ambiental o delito de minería ilegal.

4. Sugerir a la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos (SUNARP), la modificación del Reglamento de Inscripciones de Bienes vinculados a la pequeña minería, aprobado mediante la Resolución N° 106-2012-SUNARP/SN; eliminando la exigencia de presentar el Certificado de Operación Minera (COM) para la inmatriculación de las Maquinarias y Equipos.; y adoptar el Sistema Constitutivo de Derechos en la inmatriculación y las transferencias de dominio de dichos bienes; es decir, que dichos actos registrales sean obligatorios, para facilitar la anotación de medidas cautelares y garantizar la eficacia jurídico procesal de la pretensión resarcitoria.

5. Proponer a las Fiscalías Especializadas en Materia ambiental (FEMAs.) del Distrito Fiscal de Madre de Dios; celebrar convenios interinstitucionales con la DREMH, OSINFOR, SERNANP, INGEMMET, SUNARP, SUNAT, entre otros; para que los fiscales puedan acceder a la base de datos digitalizado de estos organismos y puedan contar con información relevante por medios informáticos; para evitar los requerimientos escritos, optimizar la investigación fiscal y garantizar la eficacia en la punición de los delitos perpetrados por los mineros ilegales/informales.

6. Instar al Ministerio Público a proponer una iniciativa legislativa para derogar el numeral 8 del artículo 2 del Código Procesal Penal y prohibir la aplicación del principio de oportunidad en los delitos ambientales y el delito de minería ilegal. Derogar además, la Primera Disposición Complementaria Final del decreto legislativo 1102, y la Disposición Complementaria Final del Decreto Legislativo 1351. Estas normas son excluyentes de la responsabilidad penal, propician mayor impunidad y constituyen una seria restricción para reprimir los delitos ambientales que son graves, pluriofensivos y de gran afectación al interés público.

7. Proponer la modificación del artículo 307-B en relación al numeral 2 del código penal, el cual tipifica la forma agravada del delito de minería ilegal y dice: “2. En áreas naturales protegidas o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas” y debe decir: “2. En áreas naturales protegidas o en tierras de comunidades nativas, campesinas o indígenas que se encuentren en áreas de exclusión minera”. Penalizar la



minería en tierras de comunidades nativas que están dentro del “corredor minero” resulta siendo discriminatorio y excluyente. Solo debe criminalizarse la minería en tierras comunales que están en zonas no autorizadas.

**- EN EL AMBITO DE LA PERSECUCION ESTRATEGICA DEL DELITO.**

**8.** Exhortar al Gobierno regional de Madre de Dios para que pueda promover en el llamado “Corredor Minero” el desarrollo de una minería aurífera sustentable; con responsabilidad social, empresarial y ambiental; y a partir de ella impulsar otras actividades sostenibles como la reforestación, la conservación, el ecoturismo, la actividad forestal y la agro exportación; en las cuales la amazonia tiene enormes ventajas comparativas. Esta medida, busca en el mediano plazo transformar la minería aurífera en actividades sustentables.

**9.** Proponer al Gobierno Regional de Madre de Dios la implementación de un “Programa de Acompañamiento” al proceso de formalización minera, mediante la instalación de oficinas descentralizadas en las zonas mineras de Delta I, Huepetuhe y Mazuco, dotándolos de personal calificado, logística y presupuesto; para facilitar el proceso de formalización en el área autorizada del “Corredor Minero” y realicen además labores de asesoría integral: Jurídica, económica, financiera, tributaria, laboral y ambiental a los operadores mineros informales que han optado por legalizar sus actividades.

**10.** Exhortar al Gobierno Regional de Madre de Dios para que a través de la DREMH formule una propuesta de ley, para declarar la caducidad de una concesión minera cuyo titular haya incurrido en actividades de minería ilegal o la haya promovido asociándose con mineros ilegales o este permitiendo que mineros ilegales operen en su concesión como “invitados”; y/o el concesionario minero no cumpla con reforestar y remediar las áreas disturbadas por su actividad minera, conforme al compromiso asumido en el instrumento de gestión ambiental correctivo (IGAC). Las concesiones declaradas caducas no podrán ser nuevamente peticionadas.

## BIBLIOGRAFÍA

- Casabene de Luna Sandra Elizabeth, Nociones Fundamentales sobre Derecho del Medio Ambiente, 1999.
- Etienne Geoffroy Saint-Hilaire, Tratado sobre Vida Animal, 1833.
- Dr. Daniel Ronald Raa Ortíz, Algunos Aportes Adicionales respecto a la Protección Procesal de los Intereses Difusos en el Perú, Id Est Ius, Lima Perú 2006.
- Dr. Augusto Morello. Tutela Procesal de Derechos Personalísimos e Intereses Colectivos. La Plata, 1990, pág. 202.
- Dr. Lozano Higuero y Pinto Manuel. La Protección Procesal de los Intereses Difusos, Madrid 1991, pág 155.
- Dr. Montero Aroca Juan, la Legitimación en el Código Procesal Civil del Perú, Lima 1994, pág. 22-23.
- Schiappa Pietra Oscar: “El Problema del Acceso a la Justicia en el Perú” Pág. 20.
- Dr. Daniel R. Raa Ortíz, Revista Id Est Ius, Intereses Difusos, Lima-Perú- 2006, pág 64.
- Alaysa Moncloa, Alejandra: “No pero Si: Comunidades y Minería: Consulta y Consentimiento Previo, Libre e Informado en el Perú” Oxfan-Cooperacion, Lima, 2007.
- Ipenza Peralta Cesar A.: “Manual para entender la Pequeña Minería y la Minería Artesanal y los Decretos Legislativos vinculados a la Minería Ilegal”. SPDA, Lima, Junio, 2012.
- Castellano Brunello Fabrizio: “Algunas Reflexiones sobre la problemática de los intereses difusos en defensa del medio ambiente y la acción de amparo” Cuadernos Jurisprudenciales. Gaceta Jurídica. Lima, Marzo, 2003, pág. 22.
- Landoni Sosa Ángel: “Nuevas orientaciones en la tutela jurisdiccional de los intereses difusos”, disponible en Jornadas Internacionales de Derecho Procesal. PUCP, Lima, Setiembre, 1997, pág. 123.
- Sánchez Velarde Pablo: “El Nuevo Proceso Penal” Lima, 2009. Pág. 113

- Morante Gomes Juan Pablo: “Neoconstitucionalismo y Constiucionalismo Popular: En Torno al Manejo de la Política Criminal en un Estado Constitucional de Derecho” Ponencia, Universidad de Cartagena, Mayo, 2010.
- BRAMONT ARIAS-TORRES, Luis Alberto y GARCIA CANTIZANO, María Del Carmen. Manual de Derecho Penal-Parte Especial. 4ta. Edición, Editorial San Marcos, Lima, 1998, p. 585.
- REÁTEGUI SÁBCHEZ, James. La Contaminación Ambiental como Delito. Jurista Editores E.IR.L. Primera Edición, 2006, pág. 64.
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso. Los Delitos contra el Medio Ambiente. Editorial Rodhas SAC. Primera edición. 2010, pp. 119-120.
- CARO CORIA, Dino Carlos. Derecho Penal del Ambiente. Delitos y técnicas de tipificación. Gráfica horizonte. 1999, p. 372.
- CALDAS VERA, J; Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 62
- CALDAS VERA, J; Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente. En: Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 62
- PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl. Derecho Penal Parte Especial. Tomo IV. IDEMSA. Lima-Perú, página 199.
- TIEDEMANN, K. Relación entre Derecho Penal y autorización jurídico-administrativa. En: Temas de Derecho Penal Económico y Ambiental. Traducción de José Luis de la Cuesta, cit. P. 160
- CALDAS VERA, J. Delitos contra los Recursos Naturales y el Medio Ambiente, cit, ps 68 y 69.
- Bacigalupo, Silvina. “Responsabilidad penal de las personas jurídicas”. Editorial Hammurabi SRL Buenos Aires. Julio 2001.
- Bustos Ramírez, Juan. “Obras completas” Tomo I. Ara Editores. Lima 2004. Código penal peruano de 1991
- Espino Pérez, Julio. “Código Penal de 1924”. Editorial Alfonso Cueva Sevillano. Sexta edición. Lima 1982 Espinoza Espinoza, Juan. “Derecho de las personas”. Editorial Huallaga. Tercera edición. Lima 2001. Fernández Sessarego, Carlos. “Derecho de las personas” Exposición de motivos y



- comentarios al libro primero de Código Civil peruano. Editorial GRIJLEY. Octava edición. Lima 2001.
- Tiedemann, Klaus. “Derecho penal y nuevas formas de criminalidad”. (Traducido por el profesor Manuel Abanto Vásquez) Editorial GRIJLEY. Segunda edición. Lima 2001. Urquiza Olachea, José. “Código Penal”. Tomo II. Editorial IDEMSA. Lima 2010. Villavicencio Terreros, Felipe. “Derecho Penal” parte general. GRIJLEY. Segunda reimpresión. Lima 2007.
  - Glave Manuel: En “Minería Verde” Rev. Business. Lima, Setiembre, 2003, pág. 26.
  - Dr. Fernando Velásquez Velásquez, Manual de Derecho Penal, Ed. Temario 2003.p. 165.
  - Adán Nieto Martín, Responsabilidad de las Personas Jurídicas, Modelo Legislativo. Iustel, Madrid 2008, pág. 16.
  - Carlos Fernández Sessarego, Derecho de personas, Exposición de Motivos del Código Civil Peruano, Lima 2001, Pág. 183, 184.
  - Juan Espinoza Espinoza, Derecho de Personas, Tercera Edición, Lima 2001, Pág. 413, 414
  - Dr. Luis Miguel Reyna Alfaro, Panorama Actual de la Responsabilidad Penal de las Empresas, Revista Peruana de Derecho Penal de la Empresa, Pág. 82, 83.
  - José Urquiza Olachea, Código Penal, Tomo II, IDEMSA, Lima, 2010, Pág. 248-259
  - García Delgado Francesca: “Minería ilegal: “Mega operaciones de Interdicción en pausa”, Diario “El Comercio”, 27.08.2016.
  - Lenin Valencia Arroyo: “Madre de Dios: ¿Podemos Evitar La Tragedia? Políticas de Ordenamiento de la Minería Aurífera” SPDA, Lima, Mayo, 2014. Pág. 18.
  - Ramón Rivero Mejía y Alan Díaz Carrión: “La Problemática Minera y La Experiencia del Consultorio Jurídico Gratuito de la SPDA en Madre de Dios (2010-2011)” SPDA. Lima, Enero, 2012, Pág.24.
  - Valencia Arroyo Lenin: “Madre de Dios: ¿Podemos Evitar La Tragedia? Políticas de Ordenamiento de la Minería Aurífera” SPDA. Lima, Mayo, 2014.

## Hemerografía

- Diario El Comercio, de fecha 23 de junio del 2013, p. A14 – A15.
- Gaceta Jurídica, Actualidad Jurídica: “¿Cómo aplicar el proceso inmediato en casos de flagrancia delictiva? Rev. Gaceta Jurídica, Tomo 266, Lima, Enero, 2016, págs. 13-34.
- Guía de Estudio del Medio Ambiente, Ministerio de Obras Públicas y Transporte, Madrid, España, 1991.
- MINAM: “Política de Formalización de la Minería Informal e Interdicción de la Minería Ilegal: Logros y Realidades”, Lima, 2016.
- IIAP – CTAR, “Madre de Dios camino al desarrollo sostenible: Propuesta de Zonificación Ecológica Económica como base para el Ordenamiento Territorial” Puerto Maldonado, Marzo, 2001. pág. 3.
- Comisión Episcopal de Acción Social (CEAS): “Conflictos sociales en Madre de Dios: El caso de la minería en pequeña escala de oro y la ilegalidad”, Lima, Diciembre, 2013, págs. 6-12.
- PNUD: “Informe sobre desarrollo Humano, Perú 2009, Parte II, Una visión desde las cuencas”
- Manual de Procedimientos Mineros y de Fiscalización en Pequeña minería y Minería artesanal para Funcionarios Regionales” MINEM, Lima, Marzo, 2011.
- OEFA: “Fiscalización a la Pequeña Minería y Minería Artesanal, Informe 2013, Índice de Cumplimiento de los Gobiernos Regionales”, Lima, Mayo, 2014. Págs. 9-10.

## Informatigrafía

- Dr. Fernando Calle Hayen: <http://derechopedia.pe/explore/derecho-constitucional/163-el-derecho-ambiental-y-el-tribunal-constitucional-del-per%C3%BA> 10-04.2016. Hrs: 10:00. a.m.

- <https://twenergy.com/a/que-es-la-contaminacion-ambiental-456> 12-08-2016,  
Hrs. 07:00 p.m.
- Dr. Percy García Cavero, Las Medidas Aplicables a las Personas Jurídicas en el Proceso penal Peruano, Artículo publicado en la Revista de Derecho de la Universidad de Piura, Año 2006, Dirección Web [http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a\\_20080521\\_81.pdf](http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080521_81.pdf).
- Dr. Marco Antonio Ulloa Reyna, <http://bjvderechoprocesaluigv.blogspot.pe/2010/06/medidas-coercitivas-reales.html>, 11-08-16 Hrs. 10:40 a.m.
- <http://www.andina.com.pe/>, Puerto Maldonado, Agosto, 7, 2014.
- Dr. Marco Antonio Ulloa Reyna, <http://bjvderechoprocesaluigv.blogspot.pe/2010/06/medidas-coercitivas-reales.html>, 11-08-16 Hrs. 10:35 a.m.
- <https://trabajadorjudicial.wordpress.com/la-reparacion-civil-en-el-proceso-penal-peruano/> 23-10-2016 Hrs. 15:23 p.m.
- Sociedad Peruana de Derecho Ambiental en <http://www.spda.org.pe>.
- MELÉNDEZ ESPINOZA, EDSON. “La Minería ilegal, el delito que finalmente es calificado como tal” en: <http://intranet.usat.edu.pe/usat/facultad-derecho/articulos/2366/>
- Vásquez Vásquez, Marlio, DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE – Delito De Minería Ilegal, artículo publicado en la web del Estudio Vázquez Tafur Abogados ([www.vasquezabogados.com](http://www.vasquezabogados.com)).
- [www.legislacionambientalspda.org.pe](http://www.legislacionambientalspda.org.pe)
- ORDOÑEZ MALDONADO, Alejandro. El Ministerio Público y la Minería Ilegal, artículo publicado en PNC, Edición N° 09, Febrero 2012, p. 08-  
[www.policia.gov.co](http://www.policia.gov.co).